



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA
Faculdades Jurídicas e Sociais – FAJS. Curso de Direito

ANA PAULA PRADO GUIMARÃES

**ATIVISMO JUDICIAL:
A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DIANTE DOS
CASOS DIFÍCEIS**

Brasília

2012

ANA PAULA PRADO GUIMARÃES

RA 2075630/8

**ATIVISMO JUDICIAL:
A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DIANTE DOS
CASOS DIFÍCEIS**

Monografia apresentada como requisito parcial
para a conclusão do curso de bacharelado em
Direito do Centro Universitário de Brasília –
UNICEUB

Orientadora: Prof.^a Msc. Aléssia Barroso Lima
Brito Campos Chevitarese

Brasília/DF

2012

ANA PAULA PRADO GUIMARÃES

**ATIVISMO JUDICIAL:
A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DIANTE DOS
CASOS DIFÍCEIS**

Monografia apresentada como requisito parcial
para a conclusão do curso de bacharelado em
Direito do Centro Universitário de Brasília –
UNICEUB

Orientadora: Prof.^a Msc. Aléssia Barroso Lima
Brito Campos Chevitarese

Brasília, 26 de abril de 2012

BANCA EXAMINADORA

Professora Orientadora Aléssia Chevitarese

À minha família, minha base e meu refúgio.

“Se você passar por uma guerra no trabalho, mas tiver paz quando chegar em casa, será um ser humano feliz. Mas, se você tiver alegria fora de casa e viver uma guerra na sua família, a infelicidade será sua amiga”.

Augusto Cury

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por ter me dado a oportunidade de chegar até aqui.

Em seguida à minha família e amigos, que sempre entenderam o meu “sumiço” em prol deste trabalho.

Ao meu chefe, Antonio Carlos Paiva Futuro, que sempre foi compreensivo com os meus horários de estudo.

E, por último, porém, igualmente importante, à minha orientadora, que foi essencial, dedicada e atenciosa, desde a delimitação do tema até o resultado final.

RESUMO

O presente estudo tem por objeto a análise do fenômeno do Ativismo Judicial no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial para chegar ao objetivo final, qual seja, identificar o Ativismo em dois casos difíceis julgados pelo referido Tribunal. Inicialmente, foi abordado o princípio da Separação dos Poderes, uma vez que o Ativismo Judicial pode ser considerado uma disfunção Judiciária, ocorrendo quando há “legislação positiva”. Em seguida, foi analisado o Ativismo Judicial no sistema do *Common Law*, onde é mais difícil reconhecê-lo, na medida em que nesse sistema os juízes “criam” o Direito, juntamente com o legislador. Já o ativismo no sistema Romano-Germânico, em que vigora o sistema do *Civil Law*, é identificado com mais facilidade, uma vez que as funções são mais demarcadas. E, finalmente, foi pesquisado o que é um caso difícil, sob a ótica de Ronald Dworkin, bem como feita a distinção entre ativismo e judicialização política, para, enfim, chegar aos casos concretos no STF: Fidelidade Partidária e o Estatuto da Igualdade Racial, a fim de estabelecer se houve ativismo judicial nos casos em questão.

Palavras-chave: Separação do Poder. Ativismo Judicial. Casos Difíceis. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This study has as goal the analysis of the Judicial Activism referring to the Supreme Federal Court. It's about a bibliographic research, in which were analyzed the jurisprudences of STF, Supreme Federal Court, to reach the final objective, which is, identify the Judicial Activism in two hard cases judged by the Court. At first, the issue was the principle of the Separation of Power, once the Judicial Activism can be considered a judicial disfunction, existing when there is "positive legislation". Then, it was analyzed the Judicial activism in the Common law system, in which is harder to find it, as in this system the judges "create" the Law, with the legislator. Now the activism in the German-Roman system, in which works the Civil Law system, is identified more easily, once the functions are better marked. And, finally, it was researched what is a hard case, under Ronald Dworkin point of view, as well as defined the differences between the activism and the politic judicialization, to, at last, get to the concrete cases at the STF: loyalty of the political parties and the Statute of the Racial Equality, to stablish whether or not there were judicial activism in such cases.

Key-Words: Separation of Power. Judicial Activism. Hard Cases. STF- Supreme Federal Court.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 A TRIPARTIÇÃO DAS FUNÇÕES DO ESTADO.....	12
1.1 A evolução histórica da separação do Poder.....	12
1.2 O Poder tripartido e o nascimento do Ativismo Judicial.....	19
2 ATIVISMO JUDICIAL.....	23
2.1 Ativismo no <i>Common Law</i>	23
2.2 Conceito de ativismo judicial?	25
2.3 Incidência do Ativismo no Controle de constitucionalidade.....	29
3 ATIVISMO JUDICIAL NO SISTEMA ROMANO-GERMÂNICO.....	33
3.1 Do Positivismo Jurídico ao Ativismo.....	33
3.1.1 A discricionariedade do Magistrado	37
3.2 As duas grandes famílias jurídicas.....	39
3.2.1 Diferenças fundamentais entre o <i>Civil Law</i> e o <i>Common Law</i>	39
4 CASOS DIFÍCEIS E O JULGAMENTO DO STF.....	42
4.1 Os Casos Difíceis.....	42
4.2 A expansão do Judiciário.....	44
4.3 Caso I – Fidelidade Partidária.....	47
4.4 Caso II – Estatuto da Igualdade Racial.....	56
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	61
REFERÊNCIAS.....	65

INTRODUÇÃO

A presente monografia foi escrita como requisito parcial para conclusão do curso de bacharelado em Direito. Durante os cinco anos de curso, o Supremo Tribunal Federal, direta ou indiretamente, sempre esteve presente nas discussões acadêmicas, seja em obras escritas pelos Ministros, seja pelo teor dos votos proferidos nos julgamentos em Plenário.

Dessa forma, é normal o STF exercer uma espécie de fascínio nos acadêmicos do curso de Direito, uma vez que é o Órgão máximo do Judiciário e está em posição de Guarda da Constituição. Assim, os seus pronunciamentos constantemente são alvos de estudo e apreciação. Neste trabalho, o objeto de estudo é, designadamente, analisar se houve, ou haverá, Ativismo Judicial em dois julgados específicos.

Segundo Elival da Silva Ramos, em “Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos” (2010, p. 116) ocorre Ativismo Judicial quando há a “ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo.” Diante disso, o problema que impulsiona essa pesquisa é verificar como o Supremo Tribunal Federal “exerce função normativa positiva” ao julgar casos difíceis.

O tema proposto é de suma importância, pois o ativismo judicial é um tema de discussão atual presente no meio acadêmico brasileiro e, além do mais, é referente à Constituição, lei maior no Brasil. O Poder Judiciário tem como função típica julgar e aplicar a lei ao caso concreto. Para isso, usa da interpretação normativa. Exerce, além disso, o controle de constitucionalidade, averiguando se alguma lei ou norma está em desacordo com o texto da Carta Maior, atuando como legislador negativo ao retirar a validade de uma norma eivada do vício de inconstitucionalidade.

A corrente interpretativista afirma que o Judiciário deve ater-se somente ao texto da lei, admitindo, também, o sentido que o legislador quis dar à norma, uma vez que a lei representa a vontade da maioria representada e a decisão do Tribunal poderia ser antimajoritária, isto é, uma minoria togada decidindo em prol da criação de um direito. Por sua vez, a corrente não interpretativista, alega que o juiz não pode estagnar-se, somente aplicando a lei, mas deve também ter uma interpretação histórica, visto que a sociedade evolui e a interpretação da norma deve acompanhá-la. A jurisprudência atuaria como força motriz da atualização do Direito.

O Supremo Tribunal Federal será o objeto de análise deste trabalho, pois é mais perceptível o ativismo quando se trata da Constituição Federal, porém, ele pode acontecer em qualquer ordenamento. Portanto, quando o STF julga um caso difícil, sem precedentes, e aplica entendimento que não está positivado, estaria alargando o âmbito de sua função típica.

O marco teórico é a obra de Elival Ramos, “Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos”, em que o autor se posiciona contrário ao ativismo e caracteriza os vários graus de controle de constitucionalidade exercido sobre os outros Poderes.

O Ativismo Judicial também é melhor observado em Estados que adotam o *Civil Law* e cujo Poder é dividido em três funções, pois dessa maneira, percebe-se quando um ultrapassa os seus limites, interferindo nas funções do outro. Por isso, o primeiro capítulo é sobre a Tripartição das Funções do Estado.

Após definir e discorrer sobre as três funções é possível conceituar o Ativismo Judicial. Porém, inicialmente, será tratado o ativismo no sistema do *Common Law*, bem como conceituado o termo, objetos do segundo capítulo.

No terceiro capítulo o foco é o Ativismo Judicial no sistema Romano-Germânico, que vigora no Brasil. É mais fácil percebê-lo aqui que no Sistema do *Common Law*, pois neste os magistrados e parlamentares elaboram a lei conjuntamente, dificultando saber quando o juiz extrapola os limites permitidos.

Feito esse estudo comparado entre os dois sistemas, o quarto capítulo nos remete aos casos difíceis, pois quando não é possível realizar a subsunção da norma ao caso concreto aparece o Ativismo Judicial.

E finalmente, como subitem do último capítulo, será feita uma análise concreta de dois casos difíceis, um que já tramitou e outro que ainda está em tramitação no Supremo Tribunal Federal, a saber: a fidelidade partidária e o Estatuto da Igualdade Racial, respectivamente.

Desse modo, em considerações finais, será possível averiguar se houve Ativismo Judicial nos casos em questão.

O tipo de pesquisa escolhida para a inquirição do objeto foi a bibliográfica, juntamente com análise de jurisprudência.

I – A TRIPARTIÇÃO DAS FUNÇÕES DO ESTADO

Antes de adentrar no campo do ativismo judicial é mister fazer uma análise da tripartição do poder do Estado. Não há como aludir aquele fenômeno sem mencionar esse princípio constitucional, uma vez que o ativismo decorre dessa separação das funções do Estado.

Após explanada essa origem da tripartição do poder, é a vez de checar se ela coloca o Estado em crise, especificamente, o Brasil, para, em seguida, chegar, finalmente, ao nascimento do ativismo judicial.

1.1 – A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA SEPARAÇÃO DO PODER

Em um Estado Democrático de Direito, como é o Brasil, a Constituição é a Carta Maior. É a Lei suprema que impera sobre os demais ordenamentos jurídicos. Conforme ensinam Derly Barreto e Silva Filho¹, a

Constituição não deve ser compreendida somente como limitação jurídica do poder político, mas como instrumento dotado de força normativa, que vincula, positiva ou negativamente, o Estado, seus órgãos e seus agentes.

Conforme apregoa a Constituição Federal de 1988, são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário². Cada qual com suas funções e competências delimitadas. Em linhas gerais, um administra, o outro legisla e fiscaliza e o último aplica a lei ao caso concreto.

Cabe ressaltar que a expressão separação de poderes é errônea, uma vez que o que se separa é o poder, uno e indivisível. Nessa linha seguem Ricardo Fernandes³

[...] o poder se exerce, não se detém, não se aliena, não se parte ou reparte. Por isso, a expressão correta seria separação do poder (uno) do Estado. Trata-se de uma

1 BARRETO, Derly e FILHO, Silva. Controle dos Atos Parlamentares pelo Poder Judiciário. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2003. Pag 16.

2 BRASIL. Constituição (1988) art 2º

3 FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Neoconstitucionalismo e as possibilidades e os limites do ativismo judicial no Brasil contemporâneo. 2010, 313f. Dissertação (mestrado). Programa de Pós-Graduação: Mestrado Acadêmico em Direito Público. Universidade Federal de Uberlândia. Uberlândia, 2010. p. 37.

separação orgânica do poder estatal em três órgãos distintos: Legislativo, Executivo e Judiciário

e Elival Ramos: “não havendo, pois, que se falar em quebra da unidade do poder do Estado”.⁴ Entretanto, serão aqui utilizadas as expressões comumente difundidas.

A distinção das três funções do poder remete a Aristóteles⁵, que as repartiu em deliberante (decisões fundamentais), executiva (aplicação pelo magistrado dessas decisões) e judiciária (fazer justiça).

A evolução constitucional inglesa consagrou o *Bill of Rights*, em 1689, equilibrou a autoridade do monarca e do parlamento e reconheceu a independência dos juízes.⁶

John Locke em seu “Segundo tratado do Governo Civil”⁷ reconheceu três funções distintas: legislativa, executiva e a federativa, que consistia em manter relações com outros Estados.

Para ele, o homem sai do Estado de Natureza quando deixa de punir o outro pelo seu próprio julgamento particular e confere essa missão à Comunidade Social, que faz as leis aplicando a punição merecida a cada infração cometida. Portanto a função dos poderes Legislativo e Executivo da sociedade civil

[...] é julgar, através de leis estabelecidas, a que ponto as ofensas devem ser punidas quando cometidas na comunidade social, e também determinar por meio de julgamentos ocasionais fundamentados nas presentes circunstâncias do fato, a que ponto as injustiças de fora devem ser vingadas, em ambos os casos empregando toda a força de todos os membros sempre que for necessário.⁸

Dessa maneira, toda vez que os homens saem do estado de natureza e entram na sociedade civil, instituem um juiz capaz de dirimir seus conflitos. Este seria o Poder Legislativo ou os magistrados por ele nomeados. Destarte, onde não houver a quem recorrer é porque ainda se está no estado de natureza.

O Executivo deve ser contínuo, pois como seu objetivo é colocar as leis em execução, e elas são, normalmente, permanentes e duráveis, o mais lógico é que este Poder seja

4 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 115

5 Cf. ARISTÓTELES. *A Política*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

6 Notas de aula sobre o Princípio da Separação de Poderes por Aléssia Barroso Chevitarese.

7 LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil e outros escritos: ensaios sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. Petrópolis: Vozes, 2001.

8 Ibid., p. 133-134

constante e separado do Legislativo, pois nem sempre há a necessidade de fazer novas leis, entretanto, sempre haverá a necessidade de aplicá-las.

O Poder que Locke denomina Federativo seria o poder natural, que todo homem possuía antes de entrar na comunidade civil. Porém, como os homens se uniram o poder agora é para todos. Assim sendo, é o poder de guerra e paz e que cuida de fazer todas as transações com as pessoas que estão fora dessa comunidade civil.⁹

Para Locke o Poder Legislativo é o mais importante entre todos e deve sempre ser superior, uma vez que é dele a função de fazer as leis que regularão a sociedade. Todavia, essa afirmação é questionável, pois, se, segundo ele, o Legislativo deve ser sempre dissolvido, já que as leis são duráveis, como seria o Poder mais importante, visto que ele de fato não existe? Como ele passa à existência somente quando é necessário fazer novas leis, a quem então pertenceria a função de determinar quando novas leis precisariam ser elaboradas? A resposta de Locke a essas perguntas é a seguinte:

[...] o legislativo é composto de várias pessoas [...] que podem se reunir e legislar nas ocasiões determinadas por sua constituição fundamental, na data que elas isoladamente fixarem ou ainda quando melhor lhes parecer, no caso de não haver uma data predeterminada para isso ou outra forma prescrita de convocá-lo. Como o povo confiou o poder supremo a estas pessoas, elas sempre permanecem investidas dele e podem exercê-lo quando assim o desejarem, a menos que por sua constituição fundamental estejam limitadas a determinadas ocasiões, ou elas não tenham fixado uma data por um ato de seu poder supremo; em qualquer dos casos, quando chega a data marcada elas têm o direito de se reunir e retomar sua atividade.¹⁰

Portanto, o princípio da Separação de Poderes foi instituído por Locke e consagrado por Montesquieu, no “Espírito das Leis”, publicado em 1748. Nesta obra, ele diz que cada Estado tem três poderes: Legislativo, Executivo das coisas que dependem dos Direitos das Gentes e o Executivo das coisas que dependem do Direito Civil¹¹.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que veio em 1789, em seu artigo 16, afirma que não há constituição na sociedade que não garantir direitos políticos e nem a

9 LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil e outros escritos: ensaios sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 171

10 Ibid., p. 175-6

11 MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de La Brède et de. *O espírito das leis*. Brasília: UNB, 1995. p 162

separação de poderes. Como a ordem política se baseia na Constituição, esta deve estabelecer uma organização limitativa do poder, como previa Montesquieu.¹²

Atualmente, a denominação de Separação de Poderes consiste na predominância no desempenho de uma função, porque cada Esfera tem competência constitucional para exercer atividades típicas de outro Poder. Por Exemplo, o Senado Federal tem competência exclusiva para “processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles”.¹³

Da mesma forma, o Poder Judiciário pode exercer função atípica e legisferar produzindo Súmula que “terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”.¹⁴

Porém, esses três poderes devem ser exercidos separadamente, pois sendo o Legislativo exercido juntamente com o Executivo, o governante faria leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Da mesma forma, não haveria liberdade se o Judiciário estivesse junto com o Legislativo ou Executivo. Pois, se com aquele, o juiz seria arbitrário, com este, opressor.¹⁵

DIVISÃO DE PODERES PARA MONTESQUIEU

PODER	CONCEITO	PARTICULARIDADE
JUDICIÁRIO	Poder de Julgar, que não deve ser exercido por um corpo permanente. Os Juizes devem ser retirados do meio do povo e o tribunal deve existir enquanto houver necessidade.	Difere dos outros poderes, pois se volta aos particulares. Montesquieu é a favor do Tribunal dissolúvel, porém, sempre baseado na lei e não na mera vontade e opinião dos juizes.

12 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Constituição e Governabilidade: ensaio sobre a (in)governabilidade brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1995. P 15

13 BRASIL. Constituição (1988). Artigo 52. I

14 Ibid., Artigo 103-A

15 MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de La Brède et de. *O espírito das leis*. Brasília: UNB, 1995. p 165

LEGISLATIVO CÂMARA BAIXA	Em um Estado livre o ideal seria que cada um governasse a si próprio, mas como é impossível, o povo como um todo deveria ter o Poder Legislativo, portanto, deve fazê-lo por meio de representantes	Os representantes não devem ser escolhidos da Nação em Geral, mas de um Distrito, em que o mais esclarecido defenderia os direitos e interesses dos que o escolheram, inclusive prestando-lhes contas. É a "vontade do Estado".
LEGISLATIVO CÂMARA ALTA	Constituído por um corpo de nobres, que se daria de maneira hereditária. Serviriam como um freio para o povo e vice-versa.	Devem ser retirados dos nobres, pois se estivessem simplesmente no meio do povo, não lhes seria interessante lutar ou defender resoluções, que, na maioria das vezes, ser-lhes-iam desfavoráveis.
EXECUTIVO	Convém que este esteja nas mãos de um somente, já que quase sempre necessita de ações imediatas e é bem mais administrado nas mãos de um que de vários.	Não deve ser exercido por pessoas tiradas do Legislativo porque senão este seria totalmente despótico. Tem a obrigação de frear o Poder Legislativo. É a "execução da vontade do Estado."

Fonte: Elaborada pela autora, a partir de MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de La Brède et de. *O espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: UNB, 1995. p 168-171.

Segundo Montesquieu, liberdade é diferente de independência. Liberdade é poder fazer tudo o que a lei permite. Aquele que faz o que a lei proíbe não é um cidadão livre, pois senão todos os outros teriam o mesmo direito. Nas democracias não há liberdade política, pois esta só existe nos Estados Moderados. Ela é alcançada quando um cidadão não teme o outro, ele tem tranquilidade por ter certeza de sua segurança¹⁶.

A liberdade política a que Montesquieu se refere no Estado Moderado é quando o Governo reúne o poder Executivo e Legislativo e deixa o Judiciário (que ele nomeia Poder de Julgar) a cargo dos cidadãos. Na maioria dos reinos da Europa era o que acontecia.¹⁷

Mesmo assim, essa liberdade só existe quando não há abuso de poder. Entretanto, todo homem termina por abusar do poder, e por isso é necessário que o poder freie o poder.¹⁸

16 MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de La Brède et de. *O espírito das leis*. Brasília: UNB, 1995. p 165

17 Ibid. p 166

Em um governo democrático é mais fácil que as leis sejam obedecidas, porque o governado vê o superior com bons olhos, já que foi ele mesmo quem o colocou ali. Portanto, a coercitividade nem sempre se faz necessária. Quando o povo não enxerga mais a superioridade do representante, a legitimidade deste governo está abalada.¹⁹

Desenvolvendo a idéia de John Locke (Legislativo não permanente) Montesquieu acredita que o Poder Executivo é quem deve decidir a época e a duração das legislaturas. Se ficasse a cargo do próprio Legislativo se reunir, poderia acontecer de não se reunirem por longo tempo, o que acabaria levando o Estado à anarquia ou o Executivo ao absolutismo. Ou, se o corpo legislativo se reunisse continuamente, acabaria por se corromper, já que não haveria o que fazer e o povo não esperaria nada mais das leis. Por essas razões, o Executivo tem que ter o direito de frear o Legislativo, caso contrário, este se tornaria despótico. Entretanto, a reciprocidade não pode ser verdadeira, pois o Executivo já tem os seus limites, que são as próprias leis.

Portanto, o Legislativo deve fiscalizar a execução procurando a conformidade legal. Porém, não pode punir o executor, mas sim a sua conduta, bem como os seus conselheiros.²⁰ Funcionaria, portanto, o Legislativo como um tribunal, julgando os nobres, que não poderiam ser julgados pelo povo, detentor do Poder de Julgar, porque não seriam julgados por seus pares.²¹

Montesquieu não igualava os três poderes, muito pelo contrário. Para ele o Executivo e o Legislativo são superiores ao Judiciário, justamente por este ser composto pelo povo e por este motivo não poderia julgar os nobres.²²

É compreensível que, apesar de Montesquieu, diferentemente de Locke, apresentar o Judiciário como um dos três poderes, ele o declare como nulo. Antigamente na França existiam os *Parlements*, que eram Tribunais que controlavam os atos do soberano e determinavam a sua não aplicação, caso fossem contra as leis fundamentais do Reino, o que gerou grande repulsa pela sociedade. Charles-Louis de Secondat herdara o cargo de juiz do *Parlement*, pois eram cargos hereditários, bem como o nome Montesquieu de seu tio. Nessa

18 MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de La Brède et de. *O espírito das leis*. Brasília: UNB, 1995, p. 163

19 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Constituição e Governabilidade: ensaio sobre a (in)governabilidade brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1995. P 9-13

20 MONTESQUIEU. Op cit. p 173-175

21 Ibid., p 176

22 Ibid., p 177

época, os tribunais estavam intimamente ligados aos feudos e não aceitavam inovações liberais. Portanto, ele sabia que não havia liberdade para julgar, pois os juízes eram apenas a boca da lei, não podiam interferir na competência do Legislativo.²³

Após Montesquieu ter manifestado a sua opinião acerca do poder freando o poder, em 1787, as colônias americanas se revoltaram com o governo inglês e Madison, Hamilton e Jay se reuniram para tentar criar uma nova maneira de governar. E assim nasceu o sistema Federalista, em que cada Estado é praticamente soberano, mas mantém um governo maior, central. Do Federalismo surgiu o sistema de freios e contrapesos, em que cada poder fiscalizava o outro, pois o Presidente passou a ter a competência de vetar projetos do Congresso, o Judiciário passou a controlar constitucionalmente atos dos outros Poderes e o Legislativo passou a ter representantes eleitos pelo próprio povo, em duas Casas Legislativas: a Câmara e o Senado.²⁴

Destarte, o tipo de separação de poderes adotado pela Constituição Norte-Americana ficou conhecido como freios e contrapesos em que os tribunais reviam os atos do Legislativo e do Judiciário.²⁵

Porém, essa idéia de freios e contrapesos somente será efetiva, se o papel desempenhado por um poder não ultrapassar os limites possíveis, que significa não invadir o campo de atuação do outro, pois dessa forma não haveria autonomia institucional. Quando o Judiciário extrapola esse limite nasce o ativismo judicial.

Dessa maneira, a tripartição das funções do Estado surgiu como uma espécie de “evolução”, já que o homem abandonava seu estado de natureza para viver em sociedade, abdicando de seu poder individual e transmitindo-o para uma esfera central. Porém, o Poder assim dividido, se por um lado beneficia a coletividade, uma vez que age visando o bem-comum, por outro, pode também colocar o Estado em crise, o que será avaliado no próximo tópico.

23 CAPPELLETTI, Mauro. *Repudiando Montesquieu? : a expansão e a legitimidade da "justiça constitucional"*. In: Revista do Tribunal Regional Federal : 4. Região, v. 12, n. 40, 2001. p. 25-6

24 Cf. HAMILTON, MADISON E JAY. *O Federalista*. Belo Horizonte: Líder, 2003.

25 CAPPELLETTI, Mauro. Op cit. p. 29

1.2 – O PODER TRIPARTIDO E O NASCIMENTO DO ATIVISMO JUDICIAL

Em questionamento formulado por Erick Vidigal ²⁶, por que o juiz não pode considerar o valor ao aplicar a norma, sendo que a norma, nada mais é, que o próprio valor exteriorizado de um sistema social? Para entender melhor essa questão, é necessário abordar qual é a finalidade do Estado e quais são as crises políticas pelas quais ele está passando.

Segundo Thomas Hobbes²⁷, o homem é uma ameaça para si mesmo e por isso abdica de seus direitos individuais e concorda em fazer parte de um ente, para se afastar do seu eu natural, firmando um contrato social para evitar a própria destruição. Este Estado exige apenas obediência.

Esse pensamento serviu para Rousseau estabelecer o seu pensamento sobre contrato social, em que cada um faz um contrato consigo mesmo. Nesse Estado há o povo, que é soberano, e o governo, que é funcionário do povo. Portanto, é necessário que o governo seja legitimado pelo povo. Nesse contrato social o Estado é dono de todos os bens, mas difusor de todos os direitos ²⁸.

Ainda para Rousseau, a vontade geral exercida por um representante, acabaria sufocando a vontade do povo, o que culminaria em uma crise estadualista, que é, na verdade, uma crise das instituições do Estado liberal representativo. Os cidadãos se vêem cada vez mais distanciados daqueles que escolheram para representá-los, impossibilitando sua participação nas decisões políticas ²⁹.

O Judiciário, segundo a teoria de Rousseau, também se submete à vontade do soberano, o povo. Não é uma função hierarquicamente inferior às demais, pelo contrário, situa-se lado a lado, pois na tripartição de poderes, a soberania é exercida por meio de funções independentes e harmônicas ³⁰.

Em pesquisa realizada pelo Ibope em 1993, o Judiciário era mal visto pela sociedade, que dentre outras razões, achava a justiça lenta e que tratava diferentemente pobres e ricos,

26VIDIGAL, Erick José Travassos. *Protagonismo político dos juízes: risco ou oportunidade? Prefácio à magistratura da pós modernidade*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 26.

27 HOBBS, Thomas de. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

28 Cf. ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social*. São Paulo: Martins Fontes, 1989.

29 Cf ibid.

30 ibid.

debates ainda atuais.³¹ Porém, com a criação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ em 31 de dezembro de 2004 e instalação em 14 de junho de 2005, com a missão de “contribuir para que a prestação jurisdicional seja realizada com moralidade, eficiência e efetividade, em benefício da sociedade”, o acesso à justiça vem sendo ampliado a todas as classes sociais.

A Resolução nº. 125/CNJ, de 29 de novembro de 2010, estabelece que

[...] CONSIDERANDO que o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa;

CONSIDERANDO que, por isso, cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação; [...]

[...] Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade. [...]

Dessa maneira, o CNJ tem implementado diversos programas para facilitar o acesso igualitário à justiça, como por exemplo, o Justiça Aqui, que é um Centro de Atendimento Judiciário instalado no Complexo do Alemão, conjunto de favelas do Rio de Janeiro. O acesso é gratuito e ainda conta com o Justiça Itinerante, “um ônibus equipado e com promotores, defensores e juízes para atender à população”.³²

Na tripartição das funções do poder, cada um possui uma função típica e outra secundária, para assim exercer um tipo de controle. Portanto, o Executivo tem função de legislador, por exemplo, quando edita uma Medida Provisória. O Legislativo faz às vezes de judiciário ao julgar crimes de responsabilidade do Presidente da República e o Judiciário ao elaborar seu regimento Interno está também legislando.

Ocorre que sempre há um debate acerca da função jurisdicional. Fala-se em ativismo judicial quando a atividade do magistrado extrapola os limites da simples interpretação e aplicação da norma, o que pode acontecer no controle de constitucionalidade ou quando há a omissão legislativa.

31VIDIGAL, Erick José Travassos. *Protagonismo político dos juízes: risco ou oportunidade? Prefácio à magistratura da pós modernidade*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 52

32 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº. 125*. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 26 abr. 2012.

É notório que as leis possuem lacunas e que devem ser interpretadas. Atualmente, é normal que o juiz interprete a legislação e não seja um mero declarador. O problema é até onde vai essa interpretação e a conseqüente criação do direito que lhe é intrínseca. Para Mauro Cappelletti a criatividade do juiz não deve ser confundida com liberdade total, pois, ao criar o direito ele não está totalmente livre de vínculos.³³

No Estado contemporâneo a preocupação com os direitos sociais tem aumentado, visto que a população aumentou grandemente e as *externalities*³⁴ são cada vez mais freqüentes. Sendo assim, o Estado começou a intervir em áreas ambientais e sociais, formulando normas pragmáticas a serem desenvolvidas gradualmente. Destarte, o Estado tem transformado o seu papel diante da sociedade, assumindo um caráter mais administrativo, a fim de implementar os novos princípios.³⁵ Essa transformação social foi mudando também o papel dos juízes.

Essa é a razão pela qual o Ativismo judicial está cada vez mais presente, pois com o surgimento desses princípios sociais o juiz é instado a exercer a discricionariedade, uma vez que esse tipo de norma é vaga e o espaço deixado pelo legislador é amplo.³⁶

O fato de o juiz ser criativo não o iguala a legisladores. Os processos do Legislativo e do Judiciário são diferentes, apesar de ambos resultarem na criação do direito. Somente o juiz ruim é que faz às vezes do legislador, pois o bom juiz pode ser ativista sem deixar de ser juiz. O que diferencia esses dois exercícios é a passividade do Judiciário, que só pode agir quando demandado. O juiz, via de regra, não age *ex officio*, ou seja, tem que ser provocado. Outra diferença é que o juiz deve ser imparcial, não tendo interesse sobre qualquer das partes, e, por isso, não sofre pressão de nenhum lado.³⁷

Mauro Cappelletti cita as hipóteses em que o Judiciário exerce a competência de outro poder. Por exemplo, age como legislador quando tem poderes de regulação processual, o que acontece nos países do *Common Law*, ou seja, quando adaptam as regras de técnicas processuais. Também legislam quando as cortes supremas emanam diretivas gerais de interpretação que vinculam os tribunais inferiores e são emitidas sem ter qualquer conexão com os casos concretos. E, por fim, assume competência legislativa quando os tribunais

33 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1999. p 24

34 Cf. CAPPELLETTI, Mauro. op. cit p 36. Externalities pode ser definido como o “problema de encontrar o modo de controlar os efeitos colaterais e não desejados, das nossas decisões em matéria de produção e consumo”.

35 VIDIGAL, Erick José Travassos. *Protagonismo político dos juízes: risco ou oportunidade? Prefácio à magistratura da pós modernidade*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 34-40

36 Ibid., p 42

37 CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit. p 74-5.

superiores dos países de *Common Law* proferem decisão que ultrapassa o pedido da parte, a fim de dar eficácia vinculante e *erga omnes*.

O juiz ou tribunal podem agir, ainda, como administradores, fazendo às vezes do Executivo, quando são chamados para emitirem pareceres e quando organizam a atividade dos tribunais a que pertencem, “estabelecendo, por exemplo, o calendário de trabalho do tribunal ou atribuindo determinado caso a uma ou outra seção ou a um ou outro membro do próprio tribunal”.³⁸

Portanto, pode-se chegar à conclusão de que a divisão do poder, ou das funções do poder, é que trouxe à tona a crise de legitimidade vivida pelo Judiciário. Há ainda muita divergência teórica acerca da interpretação e atividade criadora que os juízes e tribunais vêm exercendo.

É muito difícil distinguir o que é ativismo judicial no sistema do *Common Law*, uma vez que os precedentes são vinculantes. Ao passo que no *Civil Law*, a jurisprudência é mera fonte de direito.

O conceito de ativismo judicial e as diferenças desse fenômeno nos dois sistemas jurídicos citados, serão objetos de estudo dos próximos capítulos.

38 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1999., p. 80-1

CAPÍTULO 2 – ATIVISMO JUDICIAL

Depreende-se, portanto, que a teoria de Montesquieu acerca da separação de poderes não visava, exatamente, a divisão entre as funções do Estado, mas sim que uma pessoa ou um grupo não exercesse mais de uma função concomitantemente.³⁹

Entretanto, sua teoria, alicerçada no pensamento de John Locke, contribuiu para que o Poder fosse assim dividido, estabelecendo uma função específica para o Executivo, Legislativo e Judiciário. Todavia, ainda segundo Montesquieu, o Executivo e o Legislativo deveriam se fiscalizar reciprocamente, ficando, em consequência, o Judiciário a seu próprio cargo.

Portanto, quando o Judiciário extrapola os limites a ele impostos, fala-se em Ativismo Judicial, porém, as outras funções também são passíveis de Ativismo, contudo, o objeto deste estudo será o ativismo exercido pelo Judiciário.

Neste capítulo será avaliado o Ativismo Judicial no *Common Law*, bem como estabelecido seu conceito e sua incidência no controle de constitucionalidade.

2.1 – ATIVISMO NO *COMMON LAW*

Para se estudar o Ativismo Judicial é necessário fazer um estudo comparado. Esse tipo de estudo é um fenômeno recente no mundo. Há apenas um século este método se tornou conhecido e comumente usado. A dúvida era saber quais direitos poderiam ser comparados, porém, atualmente, isso não é mais relevante, pois o direito comparado tornou-se sólido. Sua grande finalidade é compreender os povos estrangeiros e estabelecer melhores relações internacionais.⁴⁰

Utilizando o Direito Comparado podemos estudar o sistema do *Common Law*, que surgiu nos países de língua inglesa, e, conseqüentemente, em suas colônias, como foi o caso dos Estados Unidos.

39 PAULA, Daniel Giotti de. *Ainda existe separação de poderes? A invasão política pelo Direito no contexto do Ativismo Judicial e judicialização da política*. Salvador: JusPodium, 2011. p 275

40 DAVID, Rene. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Lisboa: Meridiano. p. 2-5.

Nesse sistema é muito mais difícil perceber o ativismo judiciário, pois os juízes ou Tribunais podem produzir a norma, que servirá de precedente, passando a vincular os demais casos, porém, tudo dentro do permitido, dificultando distinguir o que é o ativismo propriamente dito.⁴¹ O direito é concebido na forma jurisprudencial, ou seja, uma regra só é verdadeiramente assimilada quando interpretada e aplicada pelos tribunais.⁴²

Nesse sistema, ativismo é quando o judiciário ultrapassa os limites impostos pelo legislador ou quando interpreta e integra a norma posta. Esse fenômeno é mais perceptível em Estados que adotam a tripartição de poderes, pois assim cada um tem suas funções delimitadas e é mais claro quando um ultrapassa esses limites.⁴³

Nos Estados Unidos o direito diferencia-se da Inglaterra por causa da Federação. Cada Estado é responsável por suas leis e o Superior Tribunal de Justiça não tem a função de pacificar a jurisprudência, mas sim resolver o caso baseado na lei do Estado em questão, embora possua essa competência constitucional.⁴⁴

Na *Common Law* é mais difícil identificar o ativismo, porém, não é impossível. O cargo de *Chief of Justice* é vitalício e não tem limite de idade. O poder da corte é muito amplo, pois ela tem o poder de interpretar as leis e a Constituição, dando a última palavra e afirmando sua inconstitucionalidade, bem como dos atos executivos. A Corte Warren foi presidida por Earl Warren de 1953 a 1969 e fez história nos Estados Unidos, participando ativamente de diversas questões controvertidas e decisões inovadoras.⁴⁵

O Justice Warren decidiu, por exemplo, a favor da dessegregação racial, quando julgou o caso *Brow versus Board of Education of Topeka*. Referia-se a uma criança negra que percorria um longo caminho para estudar na escola para negros, sendo que não podia estudar na escola para brancos que havia em sua comunidade. Assim era, porque valia a regra do *separate, but equal*. Era uma decisão da Corte que separava brancos e negros nos trens. A segregação expandiu-se para todos os setores, até mesmo às escolas. Então Warren votou a favor da dessegregação educacional e foi acompanhado por todos os outros ministros.⁴⁶

41 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 104-107

42 DAVID, Rene. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Lisboa: Meridiano. p. 459

43 RAMOS, Elival da Silva. Op. cit. p. 110

44 DAVID, Rene. op. Cit p. 460-476.

45 COCA, Flávio Maltez. *A Corte Warren e a dessegregação racial nos Estados Unidos da América*. Direito Público, v. 8 nº 37, jan/fev. de 2011. p. 24

46 Ibid. p. 30

Como o sistema norte-americano privilegia os precedentes, não haveria retrocessos nas decisões da Corte Warren⁴⁷, entretanto, não foi nada fácil implementar a dessegregação. Vários casos chegaram à Corte e as mesmas decisões foram tomadas em relação ao sistema educacional. Nos Estados Unidos existe o princípio *stare decisis*, que estabelece que a palavra da Corte seja a última em questões constitucionais. E, por isso, após alguns anos a segregação foi chegando ao fim, abrangendo ônibus, trens, e outros setores.⁴⁸

Esse caso que aconteceu nos Estados Unidos demonstra que a Suprema Corte pode modificar a vida dos cidadãos, como também vem acontecendo no Brasil, quando o Supremo Tribunal Federal decide questões ativamente.⁴⁹

2.2 – CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL

No entender de Elival Ramos, diferentemente do Poder Executivo, em que a Administração pode escolher qual caminho seguir, o Judiciário não pode escolher qual decisão tomar. Sua discricionariedade limita-se à interpretação jurídica.⁵⁰

Portanto, Ativismo Judicial deve ser entendido como o

exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflito de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).⁵¹

Apesar de ter conotação negativa, como Elival Ramos entende, na maior parte das vezes o Ativismo do juiz é tido como positivo, principalmente se confrontado com o passivismo judicial.⁵²

O positivismo liberal fez surgir o passivismo judiciário. Nos Estados Unidos esse fenômeno está ligado a duas variantes do interpretativismo: o textualismo e o originalismo. O textualismo defende que a interpretação judicial deve ater-se somente à Constituição Federal.

47 COCA, Flávio Maltez. *A Corte Warren e a dessegregação racial nos Estados Unidos da América*. Direito Público, v. 8 nº 37, jan/fev. de 2011, p. 27

48 Ibid., p. 32

49 Idid., p. 33-34

50 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 127

51 Ibid. p. 129

52 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Em busca de um conceito fugidio – O Ativismo Judicial*. São Paulo: Editora jusPodium, 2011. p. 390

O originalismo tem o mesmo princípio, porém, o interpretador observa o sentido que o legislador quis dar à norma.⁵³

Em contraposição ao interpretativismo está o não interpretativismo, que se divide em conceitualismo e simbolismo. O primeiro é a teoria que reconhece que a sociedade evolui e, portanto, a Constituição deve alterar seus significados, para acompanhar a sociedade. Já o simbolismo é a teoria pela qual à Corte é permitido utilizar-se da história e tradição para determinar a constitucionalidade do governo.⁵⁴ O ativismo judicial norte-americano é visto sob dois enfoques: há os que o vêem como negativo, pois para a corrente interpretativista qualquer manifestação jurídica que fuja a isso é ativista, e por isso é negativa, e os não interpretativistas defendem que o passivismo é que deve ser combatido, pois interpretar a Constituição de maneira evolutiva é que a manteve por dois séculos, amoldando-a aos costumes da sociedade.⁵⁵

Esse fenômeno pode ocorrer sobre qualquer ordenamento, entretanto, é melhor visualizado quando se leva em consideração a Constituição. Acontece, por exemplo, quando o Judiciário deforma uma interpretação da Lei Maior, afastando-se do verdadeiro significado que propôs o legislador constituinte ou quando aplica erroneamente o controle de constitucionalidade e também inconstitucionalidade.⁵⁶

A expressão ativismo judicial surgiu pela primeira vez em 1947 e foi utilizada pelo jornalista Arthur Schlesinger Jr. em um artigo para a revista *Fortune*. Ele falava sobre a divisão entre os juízes componentes da Suprema Corte Americana à época, dividindo-os em dois grupos: os “ativistas judiciais” e os “campeões da auto-contenção” (*self-restraint*). Entretanto, o autor não conceituou nenhuma das duas expressões e nem estabeleceu critérios para definir o que chamou de ativismo.⁵⁷

Dessa maneira, o conceito de ativismo até hoje é muito indefinido e vago. Dimitri Dimoulis e Soraya Gaspareto Lunardi⁵⁸ afirmam existir duas possibilidades para definir um juiz ativista: a qualitativa e a quantitativa. Este identifica como ativistas os juízes que intervêm em grande número nas decisões dos demais poderes, ou seja, declaram

53 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129

54 Ibid., p. 131

55 Ibid., p. 133

56 Ibid., p. 139

57 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Em busca de um conceito fugidio – Ativismo Judicial*. Salvador: Editora JusPodium, 2011. p. 389

58 DIMOULIS, Dimitri e LUNARDI, Soraya Gasparetto. *Ativismo e Autocontenção judicial no controle de constitucionalidade*. Salvador: Editora JusPodium, 2011. p. 461-2

demasiadamente a inconstitucionalidade. Porém, este critério não é convincente, uma vez que não é possível delimitar quando o juiz interfere muito ou pouco. Ao passo que aquele método leva em consideração não a “frequência da intervenção”, mas sim o “critério de atuação” do juiz.

Para Ricardo Fernandes ⁵⁹ ativismo é

[...] uma atitude ou comportamento dos magistrados em realizar a prestação jurisdicional com perfil aditivo ao ordenamento jurídico – ou seja, com regulação de condutas sociais ou estatais, anteriormente não reguladas, independente de intervenção legislativa – ou com a imposição ao Estado de efetivas Políticas Públicas determinadas (ativismo jurisdicional); ou ainda como um comportamento expansivo fora de sua função típica, mas em razão dela (ativismo extrajurisdicional).

O que ele entende por ativismo jurisdicional é a própria criação do direito pelo juiz, quando da interpretação normativa, ou seja, quando há legislação judiciária. Quanto ao ativismo extrajurisdicional, ele entende ser a manifestação pública do juiz fora de sua “atividade típica”, interferindo ou não na atividade dos demais poderes.

O professor Inocêncio Mártires Coelho admite que criação do direito e interpretação do direito sejam conceitos bastante parecidos, pois não há criação sem a hermenêutica jurídica. Da mesma forma acontece com os conceitos de ativismo judicial e criação judicial do direito. Ativismo seria quando o Judiciário fosse além dos limites normativos, desrespeitando a separação de poderes. Porém, criar o direito é função inerente ao Judiciário, uma vez que isso se dá quando interpreta e aplica o direito ao caso concreto, transformando o direito legislado, positivo, em prestação jurisdicional. ⁶⁰

Diante da indefinição de ativismo judicial, Carlos Alexandre de Azevedo Campos ⁶¹ explica que no Brasil a expressão é utilizada de maneira muito diferente que nos Estados Unidos. Aqui ela é vista pela mídia, em geral, positivamente, uma vez que é difundida como sendo o suprimento de lacuna deixada pelo Legislativo. Já no país norte-americano, ativismo é visto como algo negativo exercido pelos juízes quando agem contra a Constituição. Todavia,

59 FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. *Neoconstitucionalismo e as possibilidades e os limites do ativismo judicial no Brasil contemporâneo*. 2010. p 91-2

60 COELHO, Mártires Inocêncio. *Ativismo Judicial ou criação judicial do direito?* Salvador: Editora JusPodium, 2011. p. 481-2

61 CAMPOS, Alexandre de Azevedo. *Moreira Alves V. Gilmar Mendes: A evolução das dimensões metodológica e processual do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Salvador: Editora JusPodium, 2011. p. 549

a discussão sobre o tema no Brasil é recente e vem tomando corpo. Dessa forma, o conceito de ativismo judicial apresentado por ele é o seguinte

Ativismo judicial é o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e Tribunais em face dos demais atores políticos e judiciais, identificável e avaliável conforme a disciplina constitucional particular acerca da estrutura e do funcionamento da jurisdição constitucional e do arranjo institucional local, e que se manifesta sob diferentes comportamentos, todos transcendentais dos limites ordinários do papel institucional do Poder Judiciário.

Destarte, a discussão sobre o tema é ampla e indefinida, de modo que o conceito de Ativismo Judicial é bastante vago, embora cada autor apresente o seu. Até o momento ainda não há unanimidade, nem sobre o conceito e tampouco sobre os efeitos positivos ou negativos.

De fato, é bastante complicado descrever quando uma decisão judicial é correta ou não. Todavia, para Richard Posner⁶², o que é certo é que o juiz não precisa ser ativista quando está diante de um caso difícil. Quando nessa situação, o juiz pode assumir um papel de “formulador de políticas públicas” e não somente ser o “canal de decisões sobre políticas públicas”. Para isso, o retro citado autor enumera quatro passos fundamentais: a) extrair de textos legislativos e das características dos tribunais, ou na falta destes, da concepção social, um conceito que sirva de base para a decisão; b) analisar precedentes e outras fontes; c) juízo sobre políticas públicas; e d) retornar aos precedentes, a fim de averiguar se há algum vinculante que anule as políticas anteriormente pesquisadas.

Assim, Posner resume que

O juiz deve fazer uma escolha entre políticas públicas, e a escolha é ditada pelos resultados do levantamento e da avaliação das conseqüências das opções alternativas: conseqüências para o Estado de Direito, para as partes, para a economia, para a ordem pública, para a civilização, para o futuro – em suma, para a sociedade.⁶³

E, por fim, ainda o mesmo autor, cita o porquê do juiz não poder legislar, ainda que seja para suprir lacuna em um caso difícil: “a falta de mandato popular, a falta de autoridade

62 POSNER, Richard A. *Problemas da filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 177-8

63 Ibid. p. 178

fiscal e a exigência de apresentar por escrito uma justificação persuasiva das decisões” são as restrições que o juiz enfrenta.⁶⁴

2.3 – INCIDÊNCIA DO ATIVISMO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Outra forma de ativismo judicial, considerado por alguns, é o controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário sobre as “questões políticas”, ou seja, em questões de natureza somente política o judiciário não pode penetrar. Entretanto, se nenhuma matéria é totalmente discricionária, nenhuma é totalmente política.⁶⁵

Segundo Elival da Silva Ramos,⁶⁶ o Judiciário exerce o controle de constitucionalidade de diferentes formas e graus. O próprio Direito Constitucional faz uma gradação desse controle sobre os demais poderes, que acaba refletindo nas jurisprudências do STF. O citado professor classifica a gradação em critérios para aferição do ativismo. Tais critérios serão aqui também definidos.

a) Inexistência de controle: função de governo⁶⁷

No Brasil, o sistema de governo é presidencialista e monocromático, deste modo, o Executivo reúne quatro funções: Função de Governo, Chefia de Estado, a participação na função Legislativa e a função administrativa. Porém, não se pode classificar todos os atos da função de governo, como atos do Governo, propriamente dito.

A função de governo produz atos tipicamente administrativos, que envolvem planos e programas de governo e outras ações adstritas à esfera política. Algumas vezes ela reveste-se da função legislativa, como é o caso do Plano Plurianual, Diretrizes Orçamentárias e o Orçamento anual (PPA, LDO e LOA). Todavia, nesses casos o Judiciário exercerá o controle pela forma do ato legislativo e não pelo conteúdo e, exatamente por isso, a função de governo não se submete ao controle judiciário.

64 POSNER, Richard A. *Problemas da filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 176-7.

65 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 148

66 Ibid., p. 153

67 Ibid., p. 153-156

b) Controle mínimo: Exercício de jurisdição pelo Poder Legislativo ⁶⁸

Em relação ao exercício de jurisdição pelo poder Legislativo, o mais conhecido é o julgamento do Presidente pelo crime de responsabilidade. Este Poder também julga, em crimes de Responsabilidade conexos com o do Presidente, o Vice-Presidente e os Ministros, entre outros. Essa função é do Senado,⁶⁹ porém, somente após a autorização da Câmara dos Deputados por dois terços de seus membros, para as autoridades citadas.⁷⁰

O Senado Federal apura os fatos e aplica sanções político-administrativas. Se for o caso de sanção penal, está também habilitado para apurar o cabimento, sendo responsabilidade do Judiciário aplicar a pena.

O Poder Judiciário exerce controle mínimo sobre essa atividade jurisdicional exercida pelo Legislativo. Não pode, por exemplo, substituir a decisão proferida pelo Senado. Entretanto, o devido processo legal, ou seja, o direito à ampla defesa e ao contraditório deve ser observado em todas as instâncias, antes mesmo da instauração do processo, sob pena de interferência e reparação pelo Judiciário, por isso o controle é mínimo.

Outro caso, nessa esfera, que sofre um controle mínimo, é o veto presidencial a projetos de lei.⁷¹ O Poder Judiciário não pode interferir nas razões pelas quais o Presidente impõe o veto, mas pode verificar se este foi proposto tempestivamente e se está motivado, por exemplo.

c) Controle médio fraco: atos *interna corporis*, atos de Chefia de Estado e controle de constitucionalidade fundado em princípios ⁷²

Atos *interna corporis*, são aqueles referentes à economia interna das Casas Legislativas. Tais atos não sofriam controle jurisdicional forte, o que foi firmado pelo entendimento jurisprudencial do STF no Mandado de Segurança nº. 22.503-0/DF.⁷³ Todavia, se a elaboração legislativa violar dispositivo constitucional, aí então poderá o Judiciário exercer um controle sobre ela. Portanto, os atos que o judiciário não se manifesta são aqueles em que o Legislativo interpreta ou aplica o Regimento.

68 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 156-158

69 BRASIL. Constituição Federal (1988). Artigo 52, II

70 Ibid. Artigo 51, I

71 Ibid., Artigo 66, § 1º

72 RAMOS, Elival da Silva. Op. Cit. p. 158-165

73 O MS foi impetrado por Deputados Federais contra ato do Presidente da Câmara relativo à tramitação da PEC n. 33-A/95. Restou evidenciado que a observância às normas regimentais sobre o processo legislativo seria imune à fiscalização jurisdicional.

Enquadra-se também neste grau de controle os atos exercidos pela Chefia de Estado. No sistema presidencialista a separação entre atos de governo e atos de Estado é bastante complexa, pois ambas são de competência do Presidente da República, porém, não há uma especificação constitucional. Nas palavras de Elival Ramos, as normas que os direcionam são “conceitos indeterminados de cunho valorativo” ou “atribuem ao Presidente da República poderes de livre escolha quanto a determinadas condutas”.⁷⁴

Por fim, a fiscalização jurisdicional fundada em princípios constitucionais sofre um controle menor que aquele fundado em regras, pois aquele traz ao legislador a incumbência de complementá-lo, enquanto esta já é, por si só, a tradução de uma decisão.

d) Controle médio forte: controle de constitucionalidade fundado em regras e de atos administrativos em que haja discricionariedade⁷⁵

O controle constitucional fundado em regras é mais intenso, pois diminui a discricionariedade administrativa. Ela já vem pronta, não precisa de complementação. Entretanto, este controle pode passar para o nível médio fraco se a questão a ser verificada apresentar conceito valorativo. É o que acontece, por exemplo, com a medida provisória com força de lei, cuja possibilidade é o pressuposto de relevância e urgência, conceitos de difícil determinação.

Sofrem, ainda, controle médio forte os atos administrativos discricionários. Apesar de essa matéria ser regulada por lei infraconstitucional voltada à Administração Pública, há hipóteses em que a liberdade de escolha do administrador está baseada em conceitos valorativos encontrados na Constituição. Segundo Elival Ramos: “(...) sucede com a delimitação de publicidade governamental, nos termos do § 1º do artigo 37 da Constituição Federal, dela se exigindo caráter ‘educativo, informativo ou de orientação social’”

e) Controle máximo: atos administrativos plenamente vinculados⁷⁶

Nos ensinamentos de Hely Lopes Meireles:

Atos vinculados ou regrados são aqueles para os quais a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização. Nessa categoria de atos, as imposições legais

74 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 162

75 Ibid., p. 165-167

76 Ibid., p. 167-168

absorvem, quase que por completo, a liberdade do administrador, uma vez que sua ação fica adstrita aos pressupostos estabelecidos pela norma legal para a validade da atividade administrativa. Desatendido qualquer requisito, compromete-se a eficácia do ato praticado, tornando-se passível de anulação pela própria Administração, ou pelo Judiciário, se assim o requerer o interessado.⁷⁷

O grau máximo de controle de constitucionalidade acontece quando os atos são plenamente vinculados, ou seja, não deixam margem alguma de escolha.

Portanto, é possível concluir que o atual sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil favorece o surgimento do ativismo judicial, pois, na busca de uma fundamentação para a decisão, o magistrado acaba tratando de questões políticas, utilizando critérios jurídicos, e dessa maneira, legislando e afrontando a separação do Poder.⁷⁸

Por conseguinte, é difícil distinguir quando uma decisão é ativista ou não. De modo geral, a ativista não é bem vista pelos juristas. Entretanto, não há uma fórmula que o magistrado deva seguir para evitar cair no ativismo, somente teorias. Dessa maneira, no próximo capítulo será analisado, sob os pontos de vista de Hart e Dworkin, o que o juiz deve fazer quando está diante de um caso difícil.

77 APUD RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 167-168

78 REVERBEL, Carlos Eduardo Didier. *Ativismo Judicial e Estado de Direito*. Disponível em <http://www.ufsm.br/revistadireito/eds/v4n1/a5.pdf>.

CAPÍTULO 3 – ATIVISMO NO SISTEMA ROMANO-GERMÂNICO

O primeiro direito que surgiu foi o consuetudinário, aquele baseado nos costumes. Os litígios eram resolvidos pela lei do mais forte ou pela arbitragem, em que um terceiro dizia a quem pertencia o direito. Somente a partir dos séculos XII e XIII é que a sociedade começou a exigir relações baseadas no direito e na justiça.⁷⁹

Portanto, o direito que começou a ser ensinado nas universidades foi o direito Romano, que já estava pronto e na língua mais difundida, o latim. Porém, como o império romano fora erguido sob as leis pagãs, então o direito canônico era ensinado conjuntamente com o direito romano.⁸⁰

Todavia, a queda do império romano foi no século V e por isso suas leis já estavam ultrapassadas. Então foram surgindo várias “escolas” que modificaram e abandonaram os textos romanos, como a escola dos glosadores e dos pós-glosadores. Nos séculos XIV e XV o direito romano já estava completamente deformado e era ensinado sob o nome de *usus modernus Pandectarum*.⁸¹

Já nos séculos XVII e XVIII surge o Naturalismo. Esse movimento não quis afastar a aplicação do direito romano, mas colocá-lo sob exame para saber se suas normas iriam de encontro à razão, à justiça e aos sentimentos e necessidades da sociedade. Preocupou-se também com os direitos do homem e a liberdade da pessoa humana, direitos naturais até então renegados.⁸² Essa escola também rejeitou a legislação na pessoa do soberano. A figura do legislador faz parte da história moderna da família romano-germânica.⁸³

3.1 – DO POSITIVISMO AO ATIVISMO

Acerca de um estudo sobre o modelo positivista, Elival da Silva Ramos disserta sobre o entendimento dos constitucionalistas brasileiros na compreensão do fenômeno jurídico. Para o positivismo, o Direito deve ser estudado como fato social, independentemente dos valores. Ele parte de quatro pilares: a coação como objeto de regulação pelo direito, que pode dele

79 DAVID, Rene. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Lisboa: Meridiano. p. 39

80 Ibid., p. 43

81 Ibid., p. 44-45

82 Ibid., p. 47-48

83 Ibid., p. 64

prescindir e continuar existindo; Predominância do Direito estatal sobre o não estatal; imperatividade da norma; e interpretação da norma.⁸⁴

A principal característica do positivismo foi o conceito de ordenamento jurídico, que traz a idéia de que o direito é um conjunto de normas integradas e hierarquizadas. Dele decorrem a coerência e a completude. A coerência significa que não há normas incompatíveis entre si, pois elas podem ser derogadas hierarquicamente, cronologicamente ou pelo critério da especialidade. Pelo princípio da completude dois temas são conciliados: “aquele segundo o qual o juiz não pode criar o direito e aquele que o juiz não pode, jamais, recusar-se a resolver uma controvérsia qualquer⁸⁵”.

Surgiram várias teorias criticando o positivismo. Uma delas foi o realismo jurídico, que rompeu com a hierarquia das normas, afirmando que o juiz também deveria criar o direito, colocando a jurisprudência acima da lei⁸⁶. Para Rene David, acreditar que o direito tem como fonte mais importante a lei é uma ficção, pois outras fontes são igualmente importantes, como por exemplo, os costumes, a jurisprudência, a doutrina e os princípios gerais.⁸⁷

Nos países da família romano-germânica, as leis apresentam uma hierarquia, estando no topo a Constituição Federal, que é a base para a criação de todas as leis, ou seja, qualquer lei que vai contra dispositivo constitucional pode ser declarada inconstitucional e perde sua validade. Em alguns países os Tratados internacionais são colocados acima da lei, não podendo, após a vigência, uma lei ser-lhe contrária. Existem ainda os Códigos, que são Leis Ordinárias normais, porém, compilam matéria que trata do mesmo assunto.⁸⁸

Outra fonte do direito são os costumes. Na concepção sociológica do direito são eles que norteiam a aplicação da lei. Porém, o Positivismo praticamente apagou o papel dos costumes. Segundo Rene David, o costume deve ter um papel intermediário, nem tão importante e nem tão irrelevante. Para ele, a lei não deve se confundir com o direito, ela é um meio para se chegar a ele, portanto, nada mais natural que sejam observados os costumes para alcançar o mesmo objetivo.⁸⁹

84 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 35-39

85 Ibid., p. 40-41

86 Ibid., p. 55

87 DAVID, Rene. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Lisboa: Meridiano. p. 112

88 Ibid., p. 118-142

89 Ibid. p. 143-146

A jurisprudência é o que diferencia a *Civil Law* do *Common Law*. No sistema da *Civil Law*, que é o da família romano-germânica, a jurisprudência é baseada na lei e não pode dela afastar-se. Quando há lacuna na lei, pois ela pode não prever tudo, ainda assim o juiz deve dar uma decisão, inspirando-se na tradição e na jurisprudência. Entretanto, uma jurisprudência não é regra de direito e não vincula outro juiz como acontece no *Common Law*, exceto se for proferida pelos Tribunais Superiores, ocasião em que vinculam as demais decisões.⁹⁰

O sistema que vigora nos Estados Unidos e na Inglaterra é o *Common Law*. Herbert L.A. Hart é britânico, e, portanto, fala com conhecimento de causa acerca da Diferença entre legislação e precedentes.⁹¹ Para ele, o juiz pode ter atividade criadora que seja diferente de um precedente, pois a textura aberta do direito admite que o juiz tenha essa conduta de desenvolver os princípios. As regras são mais fáceis de serem aplicadas porque tem uma determinação positiva. Os princípios são normas vagas que exigem atividade criadora e interpretativa.

A doutrina como fonte do Direito tem um papel fundamental, pois ajuda o legislador na criação do vocabulário e auxilia o juiz na interpretação da norma.⁹² E, por fim, os Princípios Gerais são utilizados pelo jurista, pois remetem à solução mais justa e por vezes não estão positivados.⁹³

Os principais modelos dogmáticos da atualidade são o Positivismo, o Realismo e o Moralismo jurídico⁹⁴. Elival Ramos defende o positivismo jurídico, pois acredita não ser possível haver uma Teoria do Direito que se afaste totalmente dele.⁹⁵

Herbert Hart também é defensor do positivismo jurídico. Sua doutrina é marcada pela concepção de que todo o direito emana de uma pessoa ou corpo legislativo soberanos e juridicamente ilimitados. A teoria de Hart é criticada por Dworkin em alguns pontos, um deles diz respeito ao que ele chama de fundamentos do direito, que seriam, por exemplo, as descrições do que são direitos e deveres. Hart acredita que eles são determinados pela factualidade histórica, enquanto Dworkin defende que além disso, há também juízos morais e de valor controvertidos.⁹⁶

90 DAVID, Rene. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Lisboa: Meridiano., p. 147-162

91 HART L.A. Herbert. *O conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p 148

92 DAVID, Rene. Op. cit p. 163-166

93 Ibid., p. 167-172

94 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 54

95 Ibid., p. 55

96 HART L.A. Herbert. Op. Cit. p 307

A coerência e a completude do ordenamento jurídico foram colocadas em questão por Bobbio, que disse que nenhum ordenamento é totalmente coerente, visto que podem existir normas incompatíveis, porém válidas, e não existe uma norma “de clausura” que atribuiu qualificação jurídica a todos os fatos não previstos pela lei, portanto, não se pode falar em completude do ordenamento jurídico.⁹⁷

De fato, é muito difícil, senão impossível, a lei prever todos os casos. Para Hart, o juiz pode ter liberdade de criar quando a lei não contempla o caso analisado. Já Dworkin discorda desse pensamento e garante que para todo caso haverá ao menos princípios que servirão de base para o julgador.

Hart acredita que a regra pode ser aplicada mais facilmente porque é determinada, porém, ainda assim, ela tem um núcleo aberto que permite que o juiz ou tribunal tenha uma atividade criadora.

Entretanto, as regras não vinculam os juízes. Existem os céticos que não acreditam em regras. Para Hart, eles assim o fazem porque estão desapontados com as regras. Perceberam que elas não têm a força vinculativa que desejavam que tivessem. As regras também possuem uma textura aberta, pois se não o fosse, as decisões dos tribunais seriam previsíveis e já sabidas, funcionando como mera descrição de um hábito, já que as regras são fonte do direito e transformam-se em direito apenas depois de aplicadas pelos tribunais.⁹⁸ Se as regras vinculassem o juiz, a decisão do magistrado seria apenas dizer o que está escrito na lei, o que não é o método mais indicado, pois os tribunais não precisariam existir, ou seja, a lei seria uma predição à decisão.

Outra contribuição ao ordenamento jurídico foi dada por Claus-Wilhelm Canaris, que afirma que o sistema jurídico não se reduz a um mero postulado, mas é ligado ao princípio da igualdade, uma vez que a norma é generalizada.⁹⁹

Elival Ramos também afirma que não é característica essencial do positivismo a primazia da lei sobre as demais fontes do direito, mas sim às fontes estatais de direito. Tanto é que o próprio Kelsen colocou a Constituição no topo da sua pirâmide hierárquica.¹⁰⁰

Porém, o ponto fraco da teoria positivista é a Teoria da interpretação, por não ter ela se preocupado muito com a aplicação da norma.¹⁰¹ Os casos difíceis vieram à tona após a

97 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 55

98 HART L.A. Herbert. *O conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p 150

99 RAMOS, Elival da Silva. Op. cit. p. 56

100 Ibid. p. 57-58

modificação da hermenêutica jurídica. A forma de aplicar a lei ao caso concreto foi alterada, abrindo uma possibilidade de reflexão maior para o julgador que apenas fazia a subsunção do fato à norma.¹⁰²

Elival propõe um positivismo reflexivo, que corrija os erros apontados, mas que não mude a sua essência da compreensão do direito. Ele não acredita que o positivismo se desvincule do fato e do valor, como acontece com o reducionismo normativo de Kelsen,¹⁰³ e por isso propõe ainda um positivismo integral, que leve em conta a tricotomia do direito proposto por Reale.¹⁰⁴

3.1.1 – A DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO

Em um estudo sobre a discricionariedade judicial, Luiza Cademartori afirma que Hart acredita que a estrutura de normas primárias¹⁰⁵, combinadas com as normas secundárias¹⁰⁶ não é o bastante para compreender o sistema jurídico, pois a interpretação e aplicação das regras é um problema existente que desemboca na teoria dos casos fáceis e difíceis.¹⁰⁷ Para ele, a abertura do texto do direito significa liberdade para o tribunal desenvolver muitas coisas.¹⁰⁸ O que vai de encontro à teoria de Kelsen¹⁰⁹, de que o direito está limitado pela norma.

Para distinguir os casos fáceis e difíceis, Hart admite um núcleo e uma zona de penumbra. Os casos fáceis estão no núcleo, pois são expressões que se aplicam claramente. Os casos difíceis remetem-se à zona de penumbra, pois é algo que não é claro e por isso permite a interpretação do juiz e a discricionariedade para escolher a melhor aplicação ao caso concreto.¹¹⁰ Entretanto, se o juiz se afastar do núcleo de cada regra, ou zona de penumbra, repetidas vezes, estará aplicando a lei discricionariamente, e, assim, alterando o sistema. Ele

101 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010., p. 58

102 CADERMETORI, Luiza Valente. *Os casos difíceis e a discricionariedade judicial*. Novos estudos jurídicos, v. 10, nº 1, jan./jun. de 2005. p. 216

103 RAMOS, Elival da Silva. Op. cit. p. 59

104 A tricotomia do direito para Miguel Reale compreende o fato, o valor e a norma.

105 As normas primárias são regras de comportamento, que impõem ações ou omissões aos indivíduos.

106 Normas secundárias são aquelas que se referem a outras regras. Hart as divide em: regras de alteração (introduzem mecanismos para introduzir novas regras); regras de julgamento (ajudam a resolver se uma regra foi ou não violada); e regras de reconhecimento (identifica o direito vigente em uma sociedade).

107 CADERMETORI, Luiza Valente. Op. Cit. p. 218

108 APUD CADERMETORI, Luiza Valente. *ibid.*, p. 219

109 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

110 CADERMETORI, Luiza Valente. Op. cit. p. 220

pode até usar uma certa discricionariedade, mas não pode criar uma nova regra. Por isso, a regra não é uma predição da sentença, mas um padrão que o juiz deve seguir, pois, apesar de possuir uma textura aberta em algumas partes, limita o caráter discricionário do juiz.¹¹¹

Nesse ponto, é importante mencionar a comparação que Hart faz entre o sistema jurídico e um jogo. Suponhamos um jogo que não houvesse um marcador oficial. O placar seria contado pelos próprios jogadores, baseados nas regras criadas para regular o jogo e assim tudo seria discutido entre eles. Mas a partir do momento em que é constituído um marcador oficial do placar, os jogadores devem aceitar suas decisões, quando são baseadas nas regras existentes.¹¹²

Essa comparação serviu para Hart confrontar a afirmação de que o direito é aquilo que o tribunal, ou os juízes, dizem que é. Voltando ao exemplo do jogo, se o resultado fosse o que o marcador diz que é, haveria discricionariedade para ele aplicar as regras ou não. Se houvesse essa discricionariedade do marcador ele poderia errar, uma vez que escolhe o que aplicar. Nesse caso, deve haver um superior a quem recorrer, cuja decisão seja definitiva e dotada de autoridade. Ocorre que não é possível corrigir todos os erros. Alguma hora a decisão terá que ser definitiva.

No momento que é instituído o marcador oficial as decisões dos jogadores já não tem mais efeito. Analogamente, podemos dizer que os jogadores são os juízes de primeira instância. Quando aplicam as regras vale o que estão dizendo, porém, quando essa aplicação tem algum erro, os marcadores oficiais, que são os tribunais, dão a decisão definitiva.

Portanto, afirmar que o direito é o que os tribunais dizem que é, é em si uma regra e pressupõe que não existam regras que ele deve seguir.

Dworkin critica esta discricionariedade proposta por Hart. Para ele o juiz não pode se basear em opiniões pessoais ao aplicar a sentença, pois ele deve ater-se aos princípios e às regras. As regras são fáceis de serem aplicadas, porque trazem dispositivos claros, mas os princípios dão apenas uma direção, não apontando uma conduta concreta.¹¹³

111 HART L.A. Herbert. *O conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p 159

112 Ibid., p 155

113 CADERMETORI, Luiza Valente. *Os casos difíceis e a discricionariedade judicial*. Novos estudos jurídicos, v. 10, nº 1, jan./jun. de 2005. p. 221

Dessa maneira, quando está diante de um caso difícil, que a regra não é cabível, segundo Dworkin, o juiz deve se reportar aos princípios, inclusive aos princípios morais.¹¹⁴ Dworkin, portanto, acredita que para qualquer decisão pode ser usado um princípio, o que justifica sua crítica à teoria de Hart acerca da discricionariedade do juiz.¹¹⁵

Assim sendo, o principal ponto de divergência entre as teorias aqui mencionadas (Hart e Dworkin) é em relação ao poder discricionário do juiz. Para Hart, sempre que houver casos que a lei não contemple, o juiz pode e deve criar direito para o caso. Ao passo que Dworkin não admite que o Direito seja incompleto, e, por essa razão, sempre haverá um princípio que se encaixe ao caso.

3.2– AS DUAS GRANDES FAMÍLIAS JURÍDICAS

Mauro Cappelletti afirma que a função Legislativa está sobrecarregada. Por essa razão transferiram ao Executivo algumas funções. Isso explica a criação de agências, cuja função é regular e administrar serviços prestados por outros, que não o Estado.¹¹⁶

Destarte, essas duas funções agigantaram-se e o Judiciário viu-se obrigado a decidir entre duas possibilidades: ou continuar fiel às concepções tradicionais de imposição de limites ou elevar-se ao nível dos outros poderes, tornando-se capaz de controlá-los. A segunda opção foi a escolhida pelos tribunais do sistema do *Common Law*. Já no Civil Law surgiram organismos especiais, como as Cortes Constitucionais.¹¹⁷

3.2.1 – DIFERENÇAS FUNDAMENTAIS ENTRE O *COMMON LAW* E O *CIVIL LAW*¹¹⁸

Mauro Cappelletti estabelece cinco diferenças fundamentais entre o *Common Law* e o *Civil Law* para explicar por que este não é tão evoluído quanto o outro, no que diz respeito à criação do direito, embora o ativismo esteja presente em ambos.

114 CADERMETORI, Luiza Valente. *Os casos difíceis e a discricionariedade judicial*. Novos estudos jurídicos, v. 10, nº 1, jan./jun. de 2005., p. 223

115 Ibid., p. 223

116 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre : Fabris, 1999. p 47

117 Ibid., p 49

118 CAPPELLETTI, Mauro. Op. Cit. p 116-134

DIFERENÇAS ENTRE *CIVIL LAW* E *COMMON LAW*

DIFERENÇA	<i>CIVIL LAW</i>	<i>COMMON LAW</i>	CONSEQUENCIA
Cortes Superiores	Dicotomia de Cortes, mutuamente autônomas. Cada uma regula uma área do direito. Falta de unitariedade, devido ao grande número de juizes.	Estrutura unitária e compacta. Compostas por nove ou sete juizes.	Enfraquecimento da própria autoridade dos tribunais do <i>Civil Law</i> , por causa da quantidade de magistrados e de decisões proferidas
Recursos interpostos	Os Tribunais Superiores não têm a possibilidade de se recusarem a julgar os recursos.	Os Tribunais Superiores escolhem decidir apenas os que suscitam questões de maior relevância geral e que pareçam de maior gravidade à Corte.	Afogamento das Cortes do <i>Civil Law</i> por grande número de recursos a decidir, comprometendo a qualidade e coerência dos pronunciamentos.
Sociologia Judiciária	Os juizes são de carreira. São assim nomeados após exames e concursos e são promovidos levando-se em consideração desempenho e antiguidade.	A nomeação do juiz para um Tribunal Superior é usualmente uma escolha política, que premia uma personalidade de destacado relevo.	Os juizes do <i>Civil Law</i> têm uma educação profissional que tende a desenvolver as posturas técnicas e não as valorativas. A criatividade dos juizes do <i>Common Law</i> é mais individual e se afasta mais da massa.
<i>Stare decisis</i>	Normalmente não utiliza o princípio de vinculação aos precedentes judiciais.	Reconhece os precedentes judiciais como formais, persuasivos e vinculantes.	Muitos comparativistas enxergam essa como a diferença fundamental entre os dois sistemas. As decisões irrelevantes, bem como magistrados anônimos contribuem para que a autoridade da jurisprudência seja menor e menos visível no <i>Civil Law</i> .
Concepção do direito	Identifica o direito com a lei. Em face de lacuna legislativa, entende que o magistrado não deixa de aplicar a lei quando a supre com analogia e princípios dela extraídos.	O Direito Legislativo é visto como fonte do direito. Quando há lacunas o magistrado sabe que haverá o direito desenvolvido pelos próprios colegas.	O juiz do <i>Common Law</i> tem uma autoridade muito maior que os juizes do <i>Civil Law</i> .

Fonte: elaborada pela autora a partir de CAPPELLETTI, Mauro. Juizes legisladores? Porto Alegre : Fabris, 1999. p 111-123.

Dessa maneira, percebe-se que o ativismo é o mesmo nos dois sistemas. A diferença é o procedimento de criação do direito. No *Civil Law* ele é mais velado, contudo, não deixa de existir.

No capítulo seguinte será analisado, de fato, tudo o que se viu até aqui. O verdadeiro objetivo deste estudo é afirmar se o STF foi ou será ativista nos casos descritos nos subitens 4.3 e 4.4. Adiante.

CAPÍTULO 4 – OS CASOS DIFÍCEIS E O JULGAMENTO DO STF

Neste capítulo será definido o que Dworkin chamou de Casos Difíceis (*Hard Cases*). Para ele, quando o juiz se depara com um caso difícil sempre haverá um princípio adequado para o caso concreto.

Em seguida, será analisada a expansão do Judiciário, chamada de judicialização política, sob a ótica de diferentes autores, e sua ligação com o Ativismo Judicial.

Finalmente, serão objeto de estudo dois casos difíceis diante do Supremo Tribunal Federal. O primeiro é o da fidelidade partidária, já julgado por aquela Casa, onde será discutido se houve ou não o ativismo. O segundo é o Estatuto da igualdade racial e as cotas para estudantes negros nas Universidades Nacionais, ainda em tramitação, para tentar avaliar a possibilidade de ativismo diante da omissão legislativa.

4.1 – OS CASOS DIFÍCEIS

A função típica do Poder Judiciário é aplicar a lei ao caso concreto. O Legislativo produz a norma e o magistrado a insere no caso a ser julgado. Entretanto, pode acontecer de surgir um caso que a norma positiva não contemple. Se isso acontecer, está configurado um dilema para o julgador, que se encontrará diante de um caso difícil.

Para o Positivismo, nos casos difíceis o juiz age como se alguma das partes tivesse um direito preexistente¹¹⁹, o que para Dworkin, não é verdade, pois não há esse direito de ganhar. Segundo ele, mesmo nesses casos, uma das partes pode ter sim um direito de ganhar a causa e é o que o juiz tem que descobrir: os direitos das partes, não inventar direitos para elas.

É normal dizer que os juízes legislam quando estão diante de uma situação em que precisam ir além de uma lei existente. Entretanto, Dworkin diz que eles não agem como legisladores delegados, e é errado pensar desta maneira, pois existem os argumentos de princípios e os argumentos de política, cuja distinção explica tal situação¹²⁰.

Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando a sua importância para a coletividade, ao passo que argumentos de princípios justificam uma

119 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 127

120 Ibid. p. 129

decisão política, mostrando que ela respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo¹²¹.

Feita a distinção, Dworkin defende que as decisões nos casos difíceis devem ser baseadas em princípios e não em políticas¹²². Sua justificativa é que o legislador também pode adotar políticas para estabelecer programas (além dos princípios) e se o juiz fosse legislador delegado poderia fazer o mesmo, entretanto, observa-se que as decisões jurídicas baseadas em leis existentes sempre aplicam os princípios, mesmo que a lei tenha sido baseada em políticas¹²³.

No Positivismo Jurídico existem duas objeções às decisões jurídicas baseadas em políticas. Na verdade, elas são objeções à originalidade judicial, ou seja, defendem que a decisão do juiz deve estar subordinada à legislação. A primeira diz que os eleitos pelo povo para legislar são os parlamentares, portanto, o juiz, que não é uma autoridade representativa, não pode ir contra os desejos da sociedade. A segunda afirma que um juiz ao “criar uma lei”, está criando um novo direito, e, conseqüentemente, um novo dever. Assim sendo, a parte perdedora deveria ser punida por ter violado um dever que o juiz acabou de criar¹²⁴.

Dworkin observou que essas objeções à originalidade judicial citadas, apresentam objeções, mais profundamente, às decisões jurídicas baseadas em políticas, como dito anteriormente. No primeiro caso, por exemplo, um juiz ao criar uma lei, não está sendo pressionado pelo eleitorado ou por lobistas para levar em consideração a vontade pública. E no segundo, o novo dever, criado pelo juiz e violado pela parte perdedora, não é uma decisão visando a melhoria do povo, ou seja, não são utilizados argumentos de política¹²⁵.

Os argumentos de princípios estabelecem direitos individuais e, portanto, os princípios descrevem direitos. Os argumentos de política estabelecem um objetivo coletivo e então as políticas descrevem objetivos. Desta maneira faz-se necessário determinar o que são direitos e o que são objetivos¹²⁶.

Os objetivos políticos podem ser encontrados em decisões políticas que protegem ou promovem um determinado estado de coisas. Os direitos políticos são objetivos políticos

121 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002., p. 129

122 Ibid., p. 132

123 Idib., p. 130-131

124 Ibid., p. 132

125 Ibid. p. 133

126 Ibid., p. 141

individualizados e as metas são objetivos políticos para a coletividade¹²⁷. Portanto, os direitos políticos não podem ser confundidos com o objetivo político, a menos que aqueles sejam mais importantes que as metas sociais, o que será determinado pelas teorias políticas utilizadas¹²⁸.

Ao decidir um caso difícil o juiz confirma ou nega direitos concretos, que devem ser institucionais e não preferenciais, e, ainda, jurídicos em vez de outros tipos de direitos institucionais¹²⁹.

Enfim, para Dworkin o juiz deve julgar um caso difícil com humildade, visto que ele “não é livre para criar o direito, pois sempre haverá um instrumento do qual ele pode se servir – os princípios constitutivos daquela comunidade – para julgar o caso concreto e o qual afasta a possibilidade da discricionariedade judicial”¹³⁰

4.2 – A EXPANSÃO DO JUDICIÁRIO

Conforme visto no primeiro capítulo deste estudo, o autor da teoria que inspirou a separação de poderes foi Montesquieu. Para ele o Judiciário (Poder de Julgar) era inferior aos outros dois, e, portanto, de alguma forma nulo. Entretanto, no século XX começaram a surgir Constituições de transição, elaboradas após a queda de um regime ditatorial, que ampliavam o poder do Judiciário. Foi o que aconteceu no Brasil com a Constituição Federal de 1988.¹³¹

É inegável que essa Constituição ampliou os poderes do Supremo Tribunal Federal. Nessa linha, Ricardo Fernandes afirma que o STF nunca teve tanta independência e poder, pois foi legitimado a assegurar a eficácia da Constituição.¹³²

Além do status de guarda da Constituição, o STF ganhou um papel político como revisor constitucional dos atos dos outros dois poderes e o assumiu com rapidez e desenvoltura. Porém, Marcos Paulo Veríssimo, constata o aumento de ações julgadas pelo STF, devido ao “imenso alargamento das vias de acesso ao exercício de competência recursal ligada ao exercício do controle difuso”, o que diferencia o caso brasileiro das demais nações

127 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002., p. 142

128 Ibid., p. 144-145

129 Ibid., p. 158

130 KOZICKI, Kátia. *Conflito e estabilização: comprometendo radicalmente a aplicação do direito com a democracia nas sociedades contemporâneas*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2005.

131 VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. In Revista de Direito GV. V.4, n. 2 jul./dez. 2008. P. 444

132 FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. *Neoconstitucionalismo e as possibilidades e os limites do ativismo judicial no Brasil contemporâneo*. 2010, P 158

ocidentais, que também experimentam o crescimento das Cortes Constitucionais e supremas. O STF é a Corte mais produtiva do Brasil, o que levou o citado autor a denominar esse processo de “ativismo à brasileira”.¹³³

O Estado Constitucional de Direito somente começou a vigorar na Europa a partir do fim da II Guerra Mundial. Segundo Luís Roberto Barroso, o que valia então era o Estado Legislativo de Direito, pois a Constituição era apenas política. A garantia dos Direitos Fundamentais e a implementação de diversos tipos de controle de constitucionalidade provocaram a expansão do Judiciário.¹³⁴

É imprescindível citar o fenômeno da judicialização da política e das relações sociais. Isso implica dizer que “questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário.”¹³⁵ É uma transferência de poder do Executivo e Legislativo para o Judiciário, contribuindo, assim, para a expansão citada. São questões importantes para a sociedade, tais como a fidelidade partidária e o Estatuto da igualdade racial, que serão discutidos oportunamente.

Ainda para Barroso, esse processo de judicialização não se confunde com o próprio ativismo, uma vez que aquele é decorrente do modelo institucional brasileiro e este é “um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”.¹³⁶

Portanto, depreende-se que o ativismo judicial decorre da judicialização da política. Com o advento da Constituição de 1988 houve uma alteração do desenho institucional brasileiro, atribuindo ao Judiciário “a última palavra em muitos casos referentes a direitos fundamentais e políticas públicas” e é “a maneira como tal competência é exercida que vai caracterizar ou não a ocorrência de ativismo”.¹³⁷

O Professor Luís Barroso cita três críticas à intervenção judicial, e, conseqüentemente à expansão do Judiciário:¹³⁸

133 VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial à brasileira*. In Revista Direito GV. V. 4, n. 2, jul./dez. 2008, p. 410-414

134 BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo*. Salvador: Editora JusPodium, 2011. P. 227

135 Ibid., P. 229

136 Ibid., P. 234

137 MEDEIROS, Bernardo Abreu de. *Ativismo, delegação ou estratégia? A relação inter poderes e a judicialização no Brasil*. Salvador: Editora JusPodium, 2011. P. 530

138 BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo*. Salvador: Editora JusPodium, 2011. p. 234-7

- a) Crítica político-ideológica – os membros do Judiciário não são agentes eleitos, mas mesmo assim agem politicamente quando invalidam atos dos outros poderes. Portanto, a judicialização aqui, representa uma reação contra a participação popular.
- b) Crítica quanto à capacidade institucional – vai contra a primazia de que a última palavra em questão de interpretação constitucional é sempre do Judiciário, pois ele pode não ter o conhecimento específico necessário para avaliar todas as matérias e por vezes também não tem condições de avaliar o impacto de suas decisões sobre “um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público”.
- c) Crítica quanto à limitação do debate – a judicialização pode representar a elitização do debate, e, assim, excluir grande parte da população que não domina os termos jurídicos.

O processo de expansão judiciária é concomitante à retração do Legislativo, ou seja, há uma dificuldade do Congresso Nacional formar maiorias e legislar, e, nesse ínterim, o que se vê é uma porção de decisões que podem ser consideradas ativistas, como foi no caso da fidelidade partidária, quando o STF praticamente legiferou, o que se comprovará no tópico seguinte.¹³⁹

Levando em consideração esse fenômeno de agigantamento do Judiciário, Paulo Paiva cita a Juristocracia “como uma mudança nos parâmetros político-decisórios da democracia e [que] teria como característica principal dar curso a uma progressiva restrição da discricionariedade dos órgãos político-majoritários”.¹⁴⁰

Portanto, conforme observado, o processo de judicialização política não é aceito por todos os doutrinadores. Derivou da Constituição de 1988, que pretendeu claramente aumentar o poder do STF, o que acarretou o inchaço deste Tribunal.

Diante desse evidente papel político exercido pelo Supremo Tribunal Federal, Oscar Vilhena Vieira denominou essa “singularidade do arranjo institucional brasileiro” de Supremocracia. Expressão cunhada com dois significados: o primeiro referente à posição do STF frente às demais instâncias. Ele sempre teve dificuldade, desde sua criação, em 1891, de impor suas decisões para as instâncias jurídicas inferiores, porém, esse “problema” foi sanado com o advento da Súmula Vinculante, o que o tornou, de fato, supremo. O segundo

139 BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo*. Salvador: Editora JusPodium, 2011.. P. 260

140 PAIVA, Paulo. *Juristocracia?* Salvador: Editora JusPodium, 2011. P. 500

significado diz respeito à posição de autoridade ocupada pelo Judiciário em relação aos demais poderes, ocupando o lugar central no arranjo político.¹⁴¹

Percebe-se que vários são os conceitos e concepções de ativismo judicial e judicialização política, que servem de base para a discussão doutrinária. Entretanto, pouco se vê na seara de efetiva contribuição para modificar o atual desenho institucional. Assim é, porque o tema ainda é recente no Brasil, visto que a Constituição tem apenas 24 anos. Os doutrinadores estão inserindo suas teses, porém, ainda são poucos que se posicionam positiva ou negativamente acerca do ativismo exercido pelo STF.

Assim também aconteceu com Oscar Vieira quando lançou o termo Supremocracia. Admitiu que sua intenção era provocar o debate e alertar para a expansão do Tribunal. Contudo, deixou sua opinião para diminuir o mal-estar supremocrático, qual seja, a diminuição de competência do STF. Em sua visão, o Supremo Tribunal deveria julgar menos de mil recursos por ano, número infinitamente menor do que o atual, pois assim a qualidade da decisão seria claramente superior, uma vez que os Ministros iriam de fato discutir em Plenário, visto que o que vem acontecendo é apenas uma soma de onze votos, que, aliás, já vêm redigidos, antes mesmo da discussão.¹⁴²

Nesse ponto passaremos à análise dos julgados e restará comprovado que, verdadeiramente, o STF tem decidido questões de cunho totalmente político, como foi no caso da Fidelidade Partidária, em que foi discutida a quem pertence o mandato do deputado eleito que troca de legenda após as eleições. De semelhante modo, o outro caso a ser analisado diz respeito à legitimidade das cotas raciais nas Universidades Públicas, uma vez que o Estatuto da Igualdade Racial não previu essa possibilidade.

4.3 – CASO I: FIDELIDADE PARTIDÁRIA¹⁴³

a) Consulta 1.389/DF

A hipótese de caracterização de Ativismo Judicial que será analisado concretamente nesse caso iniciou-se com a Consulta nº. 1.398/DF, encaminhada ao Tribunal Superior

141 VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. In Revista de Direito GV. V.4, n. 2 jul./dez. 2008. P. 444-5

142 Ibid. p. 456-9

143 SANTOS, Leticia Pimenta Madeira. *A regulamentação da fidelidade partidária à luz do ativismo judiciário*. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1748, 14 abr. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11156>>.

Eleitoral pelo Partido da Frente Liberal – PFL, atual Democratas, em março de 2007, que argüia:

Considerando o Art. 108 da Lei nº. 4.735/65 (Código Eleitoral), que estabelece que a eleição dos candidatos a cargos proporcionais é resultado do quociente eleitoral apurado entre os diversos partidos políticos e coligações envolvidos no certame democrático.

Considerando que é condição constitucional de elegibilidade a filiação partidária, posta para indicar ao eleitor o vínculo político e ideológico dos candidatos.

Considerando ainda que, também o cálculo das médias, é decorrente dos resultados dos votos válidos atribuídos aos partidos e coligações.

INDAGA-SE

Os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda?¹⁴⁴

A Consulta foi a Plenário no dia 27/03/2007 e culminou na Resolução nº. 22.526/TSE, cujo Relator foi o Ministro César Asfor Rocha. O Ministro diz que não é nova essa questão de saber se o mandato eletivo pertence ao indivíduo eleito ou à legenda. Para ele

[...] não há dúvida nenhuma, quer no plano jurídico, quer no plano prático, que o vínculo de um candidato ao partido pelo qual se registra e disputa uma eleição, é o mais forte, se não o único, elemento de sua identidade política, podendo ser afirmado que o candidato não existe fora do Partido Político e nenhuma candidatura é possível fora da bandeira partidária.

E ainda: “[...] parece-me equivocada e mesmo injurídica a suposição de que o mandato político eletivo pertence ao indivíduo eleito [...]”, concluindo que:

[...] os Partidos Políticos e as coligações conservam o direito à vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda.

O único voto vencido foi o do Ministro Marcelo Ribeiro, alegando que a questão era regulada na Constituição de 67/69 e que houve mudança no texto constitucional, dessa maneira a Constituição de 1988 não trata da perda de mandato por troca de filiação partidária, uma vez que o art. 55 da CF/88 traz um rol taxativo elencando as hipóteses de perda de mandato.

O referido artigo diz o seguinte:

144 Resolução nº. 22.526/TSE. Disponível em <www.tse.jus.br>.

Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

- I – que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior;
- II – cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;
- III – que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;
- IV – que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;
- V – quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição;
- VI – que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

O TSE decidiu, então, duas exceções à fidelidade partidária: mudança significativa de orientação programática do partido e comprovada perseguição política dentro do partido que abandonou, ou seja, o indivíduo não estaria “preso” à sua agremiação se acontecesse qualquer dos casos citados.

a) MS 26.603/DF

Levando em consideração o artigo 55 da Constituição de 1988 e o artigo 14, § 3º, V¹⁴⁵ da referida Carta Magna, somados à Resolução TSE nº. 22.526, surgiram três Mandados de Segurança destinados ao STF.

O MS 26.602/DF foi impetrado pelo Partido Popular Socialista – PPS, o 26.603/DF pelo Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB e o 26.604/DF pelo Democratas – DEM. Todos esses Partidos Políticos “requereram ao Presidente da Câmara dos Deputados a convocação de suplentes a eles filiados para o preenchimento de vagas que teriam sido abertas com a desfiliação de Deputados eleitos pelas respectivas legendas nas eleições gerais de 2006”¹⁴⁶.

Portanto, foram impetrados contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados, que denegou administrativamente a vacância dos cargos de Deputados que trocaram de partido. O objetivo dos impetrantes era nomear os suplentes para esses cargos vagos, alegando que os parlamentares foram contra a fidelidade partidária.

Foram julgados pelo Tribunal Pleno no dia 04/03/2007. Todos os Mandados foram conhecidos, porém, somente um teve ordem concedida parcialmente, os outros dois foram negados totalmente.

145 Art. 14 [...] § 3º - São condições de elegibilidade, na forma da lei: V – a filiação partidária.

146 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 246-247

O voto que norteou as decisões do Supremo Tribunal Federal foi o do Ministro Celso de Melo (Relator do MS 26.603/DF). Ele reconheceu, preliminarmente, que o Impetrante (PSDB) possuía legitimidade ativa, pois demonstrou que haveria redução em sua bancada, e o inquestionável interesse de agir, já que não tinha outra saída, a não ser ingressar em juízo diante da negativa do Presidente da Câmara. Além dessas duas preliminares, o Pleno rejeitou por unanimidade a impossibilidade do Poder Judiciário interferir em matéria interna e peculiar à organização dos Partidos Políticos e impossibilidade jurídica do pedido por se embasar em Consulta do TSE. E rejeitou por maioria a preliminar de ausência de liquidez e impossibilidade de dilação probatória em sede de MS, vencido o Ministro Eros Grau.

O Ministro Relator concordou com a tese desenvolvida pelo TSE na consulta 1.389/DF. Para ele, as agremiações políticas são as únicas detentoras das candidaturas aos cargos eletivos. São, ainda, destinadas a assegurar a autenticidade do sistema representativo, já que somente podem concorrer às eleições candidatos registrados por agremiações partidárias, conforme artigo 87 do Código Eleitoral e confirmado no artigo 14 da CF/1988.

Afirma, também, que a infidelidade do candidato eleito que troca de legenda é contra o próprio Partido, e, sobretudo, contra os cidadãos que o elegeram. O Ministro entende que a perda do mandato não é uma punição para o Deputado infiel, mas uma decorrência do sistema de representação proporcional. Destaca que na decisão do TSE foram definidas duas restrições à infidelidade partidária: perseguição política e mudança no ideário do Partido. Portanto, para ele, as trocas de Legenda devem ser examinadas, desde que conferidas aos Deputados o direito de defesa.

Desta maneira, torna-se necessário resguardar a titularidade do mandato eletivo ao Deputado que, voluntariamente, deixar o Partido, para que apresente perante o TSE as razões que o levaram a tomar tal atitude.

O Ministro assegura que não há que se falar em usurpação de atribuições do Congresso Nacional pelo STF, na ocasião de reconhecer a tese proferida em Consulta pelo TSE, uma vez que, na condição de guardião da constituição, deve interpretá-la e extrair a máxima eficácia, tendo a última palavra quando se trata de interpretação positiva constitucional.

Com esses argumentos, ele afirma que poderia conceder em parte o MS, para determinar ao Presidente da Câmara dos Deputados o envio do pleito ao TSE, para que este avalie o caso, o que determina de Procedimento de Justificação. Contudo, avaliou se seria

possível aplicar essa orientação a situações que se constituíram antes da resposta do TSE e que tiveram precedentes jurisprudenciais como legitimadores.

Segundo ele, o MS 20.927/DF, por exemplo, julgado em 1989, em que foi voto vencido quando o STF não aplicou o princípio da fidelidade partidária, legitimou a troca de Legenda dos Deputados eleitos.

Por isso, o Ministro considera a data da Consulta 1.389/DF (27/03/2007) como marco temporal para se aplicar a fidelidade partidária. Portanto, indeferiu o mandado de segurança, uma vez que a nova filiação partidária dos litisconsortes passivos deu-se após essa data.

c) MS 26.602/DF

O voto do Ministro Eros Grau, Relator do MS 26.602/DF, foi baseado em uma pergunta. Ele queria saber onde está escrito na Constituição de 1988 ou em qualquer legislação, que o cancelamento da filiação partidária ou transferência para outro partido configura renúncia tácita. Discordou do Ministro Marco Aurélio que citou o artigo 26 da Lei 9.096/95¹⁴⁷, pois, segundo ele, o parlamentar não perde o mandato, mas sim o cargo.

Portanto, ele acredita que o STF não tem a faculdade de inovar o conteúdo do mandado de segurança, mas apenas dizer ao impetrante se há ou não o direito de obter a perda do mandato do deputado que cancelou sua inscrição e se filiou a outro partido.

Segundo ele, sua visão pessoal é de que caberia a fidelidade partidária nesse caso, entretanto, o seu compromisso é com a Constituição e ela não prevê essa hipótese de perda de mandato no artigo 55, portanto, ele não pode ir além do que a Constituição lhe permite. Sendo assim, denega a segurança por ter legitimidade apenas para manter-se dentro dos limites do texto.

d) MS 26.604/DF

O terceiro mandado de segurança, 26.604/DF, teve como relatora a Ministra Carmem Lúcia, que ressaltou a importância dos Partidos no Sistema proporcional e fundamentou na mesma linha seguida pelo Ministro Celso de Melo.

147 Lei 9.096/95, artigo 26 – Perde automaticamente a função ou cargo que exerça, na respectiva Casa Legislativa, em virtude da proporção partidária, o parlamentar que deixar o partido sob cuja legenda tenha sido eleito.

Ela concedeu em parte a ordem para reconhecer direito líquido e certo do Impetrante como titular dos mandados de candidatos que mudaram de partido, excluídos aqueles que o fizeram após a data de 27 de março de 2007, por perseguição política ou mudança do ideário do partido.

Ademais, determinou que a autoridade coatora remetesse ao TSE o requerimento do Impetrante, para que ali se examine a situação da litisconsorte Deputada Jusmari Terezinha de Souza Oliveira, que teria se desfilado em data subsequente firmada como marco temporal para a prevalência de atos cobertos pelo princípio da segurança jurídica.

Os votos dos outros Ministros foram dados para todos os mandados de segurança.

Sendo assim, os MS 26.602/DF e 26.603/DF foram conhecidos e tiveram a ordem totalmente negada, vencidos os Ministros Carlos Britto e Marco Aurélio, que a concediam tal como requerida.

O primeiro afirmou que, por o Partido ser uma Associação em que cada um se filia e desfilia voluntariamente, não há qualquer sanção na perda de mandato. Deferiu o mandato de segurança por ver a certeza e liquidez dos direitos do impetrante, uma vez que todos os mandatos ora discutidos foram conseguidos através do sistema proporcional, ou seja, há mais participação coletiva que individual, como é no sistema majoritário que elege os Senadores, e dessa maneira ninguém que concorre naquele sistema ganha sozinho, mas sim pelo Partido e Coligações. Foi acompanhado pelo Ministro Marco Aurélio.

Quanto ao MS 26.604/DF, o Pleno decidiu por maioria conceder parcialmente a ordem, para o efeito de determinar ao Presidente da Câmara dos Deputados que remeta ao TSE o pedido de declaração de vacância do posto ocupado pela litisconsorte, a fim de que aquela Corte após adotar resolução disciplinadora do procedimento de justificação, decida sobre a matéria. Foram vencidos, os Ministros Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa, que denegaram totalmente a ordem, e os Ministros Marco Aurélio e Carlos Britto, que a concediam em maior extensão, como citado acima.

e) Resolução 22.610/TSE

Destarte, o TSE proferiu a Resolução nº. 22.610, em 25 de outubro de 2007 e alterada pela Resolução nº. 22.733, de 11 de março de 2008, que disciplina o processo de perda de

cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária, definindo as situações em que o candidato eleito tem justa causa ao desfiliar-se de sua agremiação. In verbis:

Art. 1º - O partido político interessado pode pedir, perante a Justiça Eleitoral, a decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa.

§ 1º - Considera-se justa causa:

I) incorporação ou fusão do partido;

II) criação de novo partido;

III) mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário;

IV) grave discriminação pessoal.¹⁴⁸

Do artigo supracitado, percebe-se que o TSE “legislou” acerca da justa causa para perda do mandato, amparado na decisão do STF.

f) ADI 3.999/DF

As duas Resoluções do TSE foram objeto da ADI 3.999/DF, ajuizadas pelo Partido Social Cristão – PSC e julgadas pelo Plenário do STF no dia 11 de novembro de 2008, cujo Relator foi o Ministro Joaquim Barbosa.

O Requerente alega que o artigo 2º da Resolução 22.610/TSE¹⁴⁹ contraria o artigo 121 da Constituição Federal de 1988, pois não respeita a reserva de Lei Complementar que deveria regular a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais.

Alega também que houve usurpação de competência do Legislativo e do Executivo para dispor de matéria eleitoral, conforme apregoam os artigos 22, I¹⁵⁰, 48¹⁵¹ e 84, IV¹⁵², todos da CF/1988, bem como estabelecer matéria de caráter processual. E, por fim, alegam que a Resolução invadiu competência Legislativa, violando o princípio da separação de poderes.

148 Resolução nº. 22.610. Rel. Min. César Peluso. Disponível em <www.tse.jus.br>.

149 Artigo 2º, Resolução nº. 22.610/TSE – O Tribunal Superior Eleitoral é competente para processar e julgar pedido relativo a mandato federal; nos demais casos é competente o Tribunal eleitoral do respectivo Estado.

150 BRASIL Constituição Federal (1988) artigo 22 – Compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.

151 Ibid., artigo 48 – Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, [...] dispor de todas as matérias de competência da União [...].

152 Ibid., artigo 84 – Compete privativamente ao Presidente da República: IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução.

O Ministro Relator da ADI julgou improcedente a ação, baseando-se na argumentação de que o Supremo Tribunal Federal enfrentou uma circunstância extraordinária ao garantir que a fidelidade partidária é elemento essencial para manter o mandato, pois não havia mecanismo destinado a assegurá-lo, e, por essa razão acolheu a tese do TSE.

Apenas os Ministros Marco Aurélio e Eros Grau foram votos vencidos. Este julgou procedente a ação direta, por entendê-la multiplamente inconstitucional. Para ele “[...] o artigo 1º afronta os artigos 22,I e 48 da Constituição; o artigo 2º dispõe sobre matéria reservada à Lei Complementar; os artigos 3º ao 9º e 11 inovam em Direito Processual e o § 2º do artigo 1º inova atribuições do Ministério Público”.

O Ministro Marco Aurélio reconheceu que o TSE havia se colocado no lugar do legislador ao editar regulamentação que não seria de sua competência, e, ainda, no lugar do STF, ao agir como se estivesse julgando Mandado de Injunção. Recorre ao artigo 23, IX, do Código Eleitoral, que diz que ao Superior Tribunal Eleitoral compete, privativamente, expedir as instruções que julgar convenientes à execução do Código Eleitoral, para afirmar que há muita diferença entre a resposta à Consulta 1.389/DF e uma Resolução à Constituição Federal.

g) MS 27.938/DF

Em outra decisão a respeito do tema (MS 27.938/DF), julgado em 11 de março de 2010, o Supremo Tribunal Federal decidiu que “o reconhecimento de justa causa para transferência de Partido Político afasta a perda do mandato eletivo por infidelidade partidária. Contudo, ela não transfere ao novo partido o direito de sucessão à vaga.”

Tratava-se do Deputado Clodovil Hernandez, eleito pelo Partido Trabalhista Cristão – PTC e que teve reconhecida pelo TSE a justa causa ao trocar para o Partido da República. O mandado de segurança era contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados, que conferiu ao PTC o direito de nomear suplente após a morte do Deputado.

A ordem foi denegada por unanimidade. Vale ressaltar as palavras do Relator: “Assumir que a justa causa permite a manutenção do mandato não implica dizer que a Constituição autoriza a transferência da vaga ao novo partido”.

h) MS 30.260/DF

O último mandado de segurança que será aqui analisado é o 30.260/DF. Foi a Plenário no dia 27 de abril de 2011, tendo como Relatora a Ministra Carmem Lúcia. É um mandado de segurança preventivo, contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados, que visa garantir ao Impetrado o direito de ser convocado como primeiro suplente de seu partido para ocupar eventual vaga aberta de Deputado Federal, em lugar do suplente da Coligação.

O Impetrado afirma que a Coligação formada pelos Partidos Socialista Brasileiro – PSC e o Partido da Mobilização Nacional – PMN obteve votos para eleger três Deputados da Coligação, sendo que ele figura como 2º suplente, e que um Deputado eleito, filiado ao seu Partido (PSB), seria nomeado para assumir a Secretaria de Ciência e Tecnologia do Rio de Janeiro. Portanto, abriria uma vaga a ser preenchida pelo suplente.

A ordem foi denegada, pois os Ministros entenderam que quando há Coligação, as vagas obtidas pertencem a esta, distribuindo-se as cadeiras conforme o número de votos obtidos pelos Deputados separadamente. Ademais, a Relatora lembrou da Consulta 1.389/DF, em que o TSE assegura aos Partidos e Coligações o direito ao mandato em caso de infidelidade partidária. Foi vencido o Ministro Marco Aurélio, que concedeu a ordem de nomear o suplente do mesmo partido.

Diante da situação, é evidente o ativismo judiciário dos dois Tribunais. O TSE não possui competência para inovar, como foi feito, e o STF não pode delegar competência privativa da União,¹⁵³ até porque este é um tema afeto ao Poder Legislativo.

O Supremo Tribunal se calçou no princípio da proporcionalidade para ultrapassar os limites de sua competência. Firmou-se na representação proporcional, em que o Deputado é eleito de acordo com o número da população de cada Estado, para garantir que o Partido é essencial à democracia, e, por esta razão, normatizou acerca da fidelidade partidária, diante do silêncio do Poder Legislativo.¹⁵⁴

Para Elival Ramos a Constituição de 67/69, artigo 152, § 5º, foi mais acertada estabelecendo que

[...] perderia o mandato no Senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembleias Legislativas e nas Câmaras Municipais quem, por atitudes ou pelo voto, se opusesse às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção

153 BRASIL. Constituição Federal (1988) artigo 22, I – compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.

154 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 250.

partidária ou deixasse o Partido sob cuja legenda foi eleito, “salvo se para participar, como fundador, da constituição de novo Partido”.¹⁵⁵

O Ativismo do STF, segundo Elival Ramos, é ainda mais evidente quando se observa as consequências das decisões nos mandados de segurança iniciais. Ele acredita que essa Corte deveria ter reconhecido a infidelidade partidária e “determinado à Presidência da Câmara a convocação de suplentes filiados aos partidos que faziam jus às vagas que, dessa forma, tivessem sido abertas”.¹⁵⁶

Entretanto, o que se viu foi o Supremo Tribunal Federal delegando competência ao Tribunal Superior Eleitoral para regular a fidelidade partidária. O TSE elaborou a Resolução nº. 22.610, apoiado no teor das decisões do Supremo, de 04 de outubro de 2007, onde é perceptível que uma norma foi construída, regulando a perda de mandato eletivo e a justificação de filiação partidária.¹⁵⁷

Aqui cabe aplicar os critérios elaborados por Elival Ramos para aferir o ativismo no controle de constitucionalidade, objeto do item 2.3. O caso da fidelidade partidária é uma questão política que se insere no mundo judiciário através dos Mandados de Segurança ora propostos. O que se verifica, portanto, é que o STF exerceu controle médio forte sobre atos administrativos discricionários, uma vez que o ato impugnado foi uma decisão do Presidente da Câmara dos Deputados.

Dessa forma, o ativismo do STF é visto sob dois aspectos nesse caso específico: a delegação de competência para o TSE de um assunto que é de competência do Legislativo e, indiretamente, no controle de constitucionalidade de ato administrativo.

4.4 – CASO II – ESTATUTO DA IGUALDADE RACIAL

O Projeto de Lei proposto pelo senador do Rio Grande do Sul, Paulo Paim, se transformou na Lei nº 12.288 de 20/07/2010, que instituiu o Estatuto da Igualdade Racial, após dez anos de tramitação na casa.¹⁵⁸

155 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010., p. 251.

156 Ibid., p. 253

157 Ibid., p. 254.

158 SIQUEIRA JÚNIOR, Luiz Márcio. *Ação afirmativa e inclusão social de afro-brasileiros. A inconstitucionalidade do Estatuto da Igualdade Racial*. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2745, 6 jan. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18192>>. Acesso em: 17 set. 2011.

Tal estatuto destina-se “a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos, e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica.”¹⁵⁹

Anterior a essa Lei, é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº. 186, impetrada pelo Partido Democratas em julho de 2009. O DEM questionava o sistema de cotas raciais na Universidade de Brasília (UnB), que destinava 20% das vagas para estudantes negros, sob o pretexto de que tal sistema violava os seguintes preceitos constitucionais:^{160 161}

- Artigo 1º caput – princípio republicano – e inciso III – dignidade da pessoa humana;
- Artigo 3º, IV – veda preconceito de cor e a discriminação;
- Artigo 4º, VIII – repúdio ao racismo;
- Artigo 5º, I – igualdade, II – legalidade, XXXIII – direito à informação dos órgãos públicos, XLII – combate ao racismo e LIV – devido processo legal;
- Artigo 37, caput – princípios que regem a Administração Pública;
- Artigo 205 – direito universal à educação;
- Artigo 206 caput, I – igualdade nas condições de acesso ao ensino;
- Artigo 207, caput – autonomia universitária;
- Artigo 208,V – princípio meritocrático – acesso ao ensino segundo a capacidade de cada um;

O argüente requeria, ainda, em medida liminar, que fosse suspensa a matrícula de todos os alunos aprovados; que fosse divulgada nova listagem com os aprovados pelo sistema universal e só então liberada a matrícula; que o CESPE fosse ordenado a se abster de lançar novos editais com acesso à Universidade baseado na diferença de raças; e, por fim, que todos os magistrados suspendessem decisões que tratassem de cotas raciais.

159 BRASIL. Lei 12.228/10, Artigo 1º

160 IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/politicas_sociais/bps_19_cap08.pdf Acesso em 19 de setembro de 2011.

161 BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. ADPF nº. 186*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400108&tipo=TP&descricao=ADPF%2F186>>.

O Relator do processo é o Ministro Ricardo Lewandowski, entretanto, quem proferiu a decisão que negou a liminar foi o Ministro Presidente, à época, Gilmar Mendes, pois:

o art. 5º, § 1º, da Lei nº 9.882/99 permite que, no período de recesso, o pedido de medida cautelar seja apreciado em decisão monocrática do Presidente do STF - a quem compete decidir sobre questões urgentes no período de recesso ou de férias, conforme o art. 13, VIII, do Regimento Interno do Tribunal -, a qual posteriormente deverá ser levada ao referendo do Plenário da Corte.¹⁶²

Então, o Presidente do STF solicitou a manifestação do Procurador-Geral da República, do Advogado-Geral da União, do Reitor da UNB, Diretor do CESPE e do Presidente do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da UNB.

Os representantes da UNB se manifestaram contra a propositura de ADPF, pois alegaram que nesse caso seria cabível o ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI. Também asseveraram a constituição dos atos impugnados, visto que “não é possível ignorar, face à análise de abundantes dados estatísticos, que cidadãos brasileiros de cor negra partem, em sua imensa maioria, de condições sócio-econômicas muito desfavoráveis comparativamente aos de cor branca”. Eles ressaltam ainda que como já havia sido realizado dez vestibulares antes da ADPF não há *periculum in mora* que justifique o pedido de liminar.

A AGU e a PGF manifestaram-se contra a concessão da liminar, visto que não havia os requisitos necessários para tanto.

Na decisão do pedido de cautelar, o Ministro mencionou que se trata de um assunto bastante fascinante: ações afirmativas em favor de minorias sociais. Elas estão intimamente ligadas à liberdade e igualdade, assuntos amplamente disseminados e divulgados. Porém, pouco se fala sobre o outro valor fundamental da Revolução Francesa, a fraternidade, e é sob aspecto que se pauta a análise do Ministro.

Ele afirma que:

a fraternidade pode constituir a chave por meio da qual podemos abrir várias portas para a solução dos principais problemas hoje vividos pela humanidade em tema de liberdade e igualdade”. E, ainda, que “pensar a igualdade segundo o valor da fraternidade significa ter em mente as diferenças e as particularidades humanas em todos os seus aspectos.

Ainda sobre o voto do Presidente do STF, em meados do século XX, o Brasil era considerado como uma democracia racial. Após a década de 60 esse “título” começou a ser

162 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº. 186

contestado e o Brasil passou por vários estudos sociológicos e antropológicos, que concluíram que a segregação neste país se deve mais à cor da pele que a raça.

Somente na década de 90 é que as ações afirmativas passaram a fazer parte do governo, inicialmente, com a criação do Grupo Interministerial para a valorização da população negra, em 1995.

Em um primeiro momento o STF negou a liminar que pedia o cancelamento da matrícula dos estudantes aprovados no último vestibular. Em seguida, foi convocada uma audiência pública pelo relator, devido ao grande número de solicitações para participar na qualidade de *amicus curiae*, dada a relevância social da questão.

Assim, a audiência aconteceu entre os dias 03 e 05 de março de 2011. Primeiramente falaram as Instituições estatais responsáveis pela regulação e organização das políticas nacionais de educação e de combate à discriminação étnica e racial, tais como a Fundação Nacional do Índio e Ministério da Educação. Em seguida, tiveram a palavra os defensores da constitucionalidade das cotas raciais, bem como os contrários, estabelecendo, dessa forma, o princípio do contraditório. E, finalmente, as Universidades que aderiram às cotas apresentaram a experiência do ingresso de estudantes por esse método. Por último, a Associação dos Juízes Federais expôs como tem julgado conflitos dessa ordem, possibilitando, diante de todas as exposições, que o STF avalie se houve transgressão às normas constitucionais.

Ocorre que a Lei do Estatuto da Igualdade Racial silenciou-se sobre as cotas universitárias para estudantes negros, limitando-se a dizer que o Poder Executivo Federal incentivará as Instituições de ensino superior, públicas e privadas, a: “desenvolver programas de extensão universitária destinados a aproximar jovens negros de tecnologias avançadas, assegurado o princípio da proporcionalidade de gênero entre os beneficiários”, conforme artigo 13, III.

Foi impetrado no STF, ainda, o Recurso Extraordinário 597.285/RS, que ganhou Repercussão Geral ¹⁶³, ou seja, a decisão proveniente da análise será utilizada por instâncias inferiores em casos idênticos.

O RE foi impetrado contra decisão do Tribunal Federal Regional da 4ª Região, que considerou constitucional a reserva de vagas pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul,

¹⁶³ Conceito disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=R&id=451>>, acesso em 18/03/2012.

no quantitativo de 30% para alunos egressos do ensino público, sendo que metade dessas vagas seria destinada àqueles estudantes que se declarassem negros no ato da inscrição no vestibular.

O Recorrente alegou que a Universidade usurpou competência da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional, além de haver desrespeitado os princípios da isonomia e do mérito quando instituiu o sistema de cotas.

O motivo de tal recurso foi o Recorrente não ter alcançado nota suficiente para entrar no curso escolhido, todavia, obteve nota maior que alguns estudantes que ingressaram no mesmo curso pelo sistema de cotas.

O Ministro Relator entendeu haver Repercussão Geral no Recurso Extraordinário por possuir relevância do ponto de vista jurídico e social e foi acompanhado pelos outros Ministros.

A ADPF 186 foi à Plenário no dia 25 de abril de 2011 e os Ministros julgaram totalmente improcedente por unanimidade a argüição, impedido o Ministro Dias Tofoli.¹⁶⁴

A análise aqui é se ocorreu o Ativismo Judicial do STF, uma vez que a legislação específica não definiu as cotas para os estudantes Afro-descendentes. Ou seja, será que a omissão Legislativa abre a possibilidade do Judiciário “legislar”? Porquanto, ele não poderá se abster de julgar o caso.

A questão é saber se a inércia do Legislativo indica ativismo. Acredito que não, uma vez que não houve interferência de uma função do Estado sobre outra. O que aconteceu foi o silêncio do Legislativo em matéria de ações afirmativas. A dúvida é se o legislador se omitiu intencionalmente ou se quis também abranger as cotas quando estipulou “igualdade de oportunidades”.

Dessa forma, foram analisadas duas jurisprudências do STF, uma em que o ativismo é claro, pois o texto constitucional não abrangia a hipótese da perda de mandato por desfiliação partidária, e, assim, o Judiciário interveio em questão de cunho político, e outra em que pelo silêncio do legislador o caso chegou ao Supremo, que se posicionou favoravelmente ao objeto de argüição.

164 Até a data para depósito desta Monografia o Acórdão ainda não havia sido disponibilizado no site do STF.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das doutrinas e concepções acerca da separação de poderes, ativismo judicial, judicialização da política, casos difíceis e as jurisprudências analisadas, algumas considerações podem ser tecidas:

1. Utilizando-se de vários pensamentos de John Locke, Montesquieu dividiu o Poder de forma que o Legislativo fosse o mais importante dentre todos. A função de legislar seria então exercida pela Câmara Alta e Câmara Baixa, o que poderíamos, analogamente, definir como Senado Federal e Câmara dos Deputados, respectivamente. O Executivo deveria ser exercido por outrem que não fosse membro do legislativo, pois assim haveria uma espécie de controle e fiscalização entre esses dois poderes. Entretanto, o Poder de Julgar deveria ser exercido por pessoas retiradas do próprio povo, sendo um tribunal dissolúvel, cujos juízes não fariam mais que aplicar a lei, sem juízo de valor. Percebe-se que Montesquieu defendia a “nulidade” do Judiciário, ou seja, era um Poder que funcionava quando necessário para julgar os dissídios do povo. Os juízes não poderiam expressar a sua vontade, opinião, sendo somente a boca da lei. Mesmo há séculos atrás, essa já era uma manifestação contrária à criação do direito pelos juízes, discussão tão proeminente na atualidade.
2. Atualmente, o Poder tripartido é reavaliado em sua estrutura original. Afirma-se que o Brasil passa por uma crise de ingovernabilidade, decorrente do princípio constitucional da separação de poderes e a culpa pode ser da Constituição Federal de 1988, que atribuiu mais funções ao Estado do que ele poderia suportar. Dessa maneira, o Judiciário, que até então estava inerte e fora da discussão política, vê de súbito os seus poderes aumentados e o Supremo Tribunal Federal ganha um papel político. O que aconteceu no Brasil também acontecia no resto do mundo. Várias Cortes Constitucionais foram criadas nos países ocidentais, cuja função era guardar a Constituição.
3. Dessa forma, em meados do século XX, começou a ser discutida a expressão Ativismo Judicial. Porém, os autores que falam sobre ela são vários, mas todos dizem que o conceito é vago, sendo muito difícil definir quando ocorre o ativismo. Mais difícil ainda é identificá-lo no sistema do *Common Law*, que vigora em países como os Estados Unidos e a Inglaterra. Nesse sistema, há o princípio do *stare decisis*, que significa que a jurisprudência serve de precedente e vincula as instâncias inferiores. Sendo assim, o juiz contribui na formação do direito, porém, sempre limitado pela lei, ou seja, sua decisão vincula, desde que não ultrapasse

os limites impostos pelo legislador. Quando a decisão ultrapassa as barreiras da lei, diz-se que o prolator foi ativista. Nos Estados Unidos, o juiz ativista não é visto com bons olhos. No Brasil, em que vigora o *Civil Law*, a divergência doutrinária ainda é muito grande. A população, geralmente, enxerga positivamente uma decisão ativista, pois tem no Legislativo uma casa de corrupção e morosidade. Contudo, não se sabe dizer se o juiz pode ou não criar o direito, como os juízes dos Estados Unidos, visto que não existem parâmetros para identificar quando ele interpreta, aplica ou cria o direito.

4. Neste ponto, está-se diante de um extenso problema. Acredita-se que a mera aplicação da lei seja questão superada, vez que o juiz não é um ser inanimado, como previa Montesquieu. Porém, o que vem a ser a interpretação do direito e quais são os seus limites? Quando o juiz interpreta também cria direito? Essas são perguntas encontradas nas explanações de diversos autores brasileiros, que sequer se arriscam a respondê-las, apenas reproduzindo o pensamento jusfilósofo encontrado em autores de grande porte, tais como Herbert Hart e Ronald Dworkin, que promoveram um bonito embate sobre a discricionariedade do juiz e a conseqüente criação do direito. Hart acredita que o juiz tem um certo grau de discricionariedade, pois, no momento em que interpreta a lei pode valer-se da criação para suprir alguma omissão legislativa. Dworkin, por sua vez, não admite que o direito seja incompleto, e, por essa razão, é totalmente contra a doutrina de Hart, argumentando que sempre haverá princípios aplicáveis ao caso concreto, bastando que o juiz o procure e saiba encaixá-lo ao caso, mesmo que se trate de casos difíceis, em que não há regra que o abarque.

5. Trazendo o embate para a realidade brasileira, é claramente perceptível que o STF tem se portado ativamente. As Súmulas Vinculantes poderiam ser vistas como criação legislativa, entretanto, como são previstas constitucionalmente, não há que se falar em ativismo nesse caso, uma vez que a Constituição legitima o Judiciário. Portanto, o objeto de análise foram os Acórdãos Ativistas.

6. Porém, antes de analisar o ativismo do STF, é necessário mencionar um fenômeno que está intimamente ligado ao ativismo. Trata-se do que os autores brasileiros denominam de judicialização da política. É decorrente da função política atribuída ao STF, pela CF/1988, que passou a ter a última palavra sobre a Constituição em assuntos totalmente políticos e em questões de alta relevância para a sociedade. Todavia, conforme bem observado pelo constitucionalista, professor Luís Roberto Barroso, o STF pode não ter conhecimentos específicos sobre um tema político que pode ser instado a se manifestar. Esse processo de

judicialização decorre também do aumento de legitimados para propor a Ação de Inconstitucionalidade – ADI perante o Supremo.

7. Assim sendo, a discussão sobre Ativismo Judicial é recente no Brasil e por isso estão ainda surgindo conceitos que nortearão as opiniões acerca desse fenômeno. O que se sabe é que o Judiciário vem se expandindo cada vez mais e preocupando os estudiosos do direito. Porém, é uma ascensão que deveria ser vista como normal, uma vez que o Judiciário sempre foi inferior aos demais poderes, e, constitucionalmente, o princípio da separação constitui os “Poderes da União, independentes e harmônicos entre si” (artigo 2). Esse processo de expansão do Judiciário já foi denominado “Juristocracia” e “Supremocracia” pela doutrina. Portanto, não devem ser confundidos os conceitos de ativismo e judicialização, embora o conceito daquele seja de difícil delimitação, entende-se como a decisão que ultrapassa os limites legais, e por judicialização entende-se a expansão política do Judiciário.

8. Feitas essas distinções fundamentais é chegada a hora de analisar o ativismo do STF, propriamente dito, no caso concreto. Para tanto, foi usado como exemplo dois casos difíceis, assim entendidos aqueles que não têm norma constitucional que o regulem. O primeiro é o caso da fidelidade partidária, em que o STF determinou que o Tribunal Superior Eleitoral – TSE regulasse o tema. Aqui percebe-se claramente a judicialização comentada acima, visto que o STF teve que dar a última palavra em um caso visivelmente político. Também é possível distinguir facilmente o ativismo judicial, pois ele ocorreu no momento em que o Supremo decidiu de forma diferente à Constituição Federal de 1988, que no artigo 55 não prevê perda de mandato para o Deputado que troca de legenda após ter sido eleito. Não obstante, o STF foi ainda mais longe e determinou que o TSE “legislasse”, com base em seu Acórdão, e estabelecesse o procedimento para a perda do mandato ao Deputado que não comprovasse a troca partidária por dois motivos: alteração no ideário do Partido ou perseguição política. Portanto, é evidente que aqui houve ativismo judicial.

9. O segundo caso, do Estatuto da Igualdade Racial, foi julgado pelo Tribunal Pleno no dia 25 de abril de 2012¹⁶⁵, que manifestou-se favoravelmente às cotas raciais para o ingresso nas Universidades Públicas. Dessa maneira a análise foi no sentido de investigar se o STF age ativamente quando há omissão legislativa. Ocorre que o citado Estatuto foi publicado, entretanto, não aventou sobre as cotas para estudantes negros. É possível constatar que o STF decidiu baseado no artigo 3º, inciso III da Constituição/1988, porquanto, a legislação

165 Até a data programada para a entrega da Monografia o Acórdão ainda não havia sido disponibilizado.

pertinente não abordou a questão, pois o legislador silenciou-se sobre as cotas quando votou o Estatuto.

10. Assim, há aqui dois que foram analisados: o que o STF extrapolou claramente os limites legais e outro em que a legislação foi omissa. Não há dúvidas que o primeiro foi realmente ativista, visto que a Constituição não elencava como perda de mandato a hipótese de troca partidária, e, dessa forma, o STF não foi intérprete ou aplicador da lei, mas sim um efetivo legislador. Contudo, no segundo caso, a análise é mais complicada. Levando em consideração a doutrina de Hart, o STF poderia usar sua discricionariedade e criar o direito a ser aplicado, uma vez que há a lacuna legislativa, e, assim, estaria desempenhando a função ativista, que não poderia ser constante. Todavia, se o STF se fundamentasse na teoria de Dworkin, poderia lançar mão de algum princípio em face do caso concreto para não se afastar da lei e ser considerado ativista.

11. Conclui-se que o ativismo judicial é um fenômeno impreciso, devido à falta de conceitos determinados e à ausência do procedimento considerado adequado a ser tomado pelo Judiciário. Ademais, é incerto afirmar se há legitimação sobre o processo ativista do STF. Em um primeiro momento, o povo pode até legitimar, porém, se o ativismo for considerado como abuso de poder e usurpação das funções de competência de outro poder, não seria legitimado e não poderia perdurar.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. A Política. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998

BARRETO, Derly; **SILVA**, Filho. Controle dos Atos Parlamentares pelo Poder Judiciário. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo. In FELLET, André Luiz Fernandes et. al. (org). As novas faces do Ativismo Judicial. Salvador: Editora JusPodivm, 2011

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – O Ativismo Judicial. In FELLET, André Luiz Fernandes et. al. (org). As novas faces do Ativismo Judicial. Salvador: Editora JusPodivm, 2011

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº. 125 de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em 26 abr. 2012.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 27 de abril de 2012.

_____. Lei nº. 9.096 de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm. Acesso em 10/03/2012.

_____. Lei nº. 12.288, de 20 de julho de 2010. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nos 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm. Acesso em 27/04/2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 186. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento da Liminar em: 31/07/2009. ADPF sem data prevista para ir à Plenário. Acessado em 10/03/2012. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=186&processo=186>>

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.999/DF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESOLUÇÕES DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL 22.610/2007 e 22.733/2008. DISCIPLINA DOS PROCEDIMENTOS DE JUSTIFICAÇÃO DA DESFILIAÇÃO PARTIDÁRIA E DA PERDA DO CARGO ELETIVO. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida, mas julgada improcedente. Rel: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 12/11/2008. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28mandado+de+seguran%E7a+26604%29&base=baseAcordaos>. Acesso em 17/03/2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº. 26.602/DF. CONSTITUCIONAL. ELEITORAL. MANDADO DE SEGURANÇA. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. DESFILIAÇÃO. PERDA DE MANDATO. ARTS. 14, § 3º, V E 55, I A VI DA CONSTITUIÇÃO. CONHECIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA, RESSALVADO ENTENDIMENTO DO RELATOR. SUBSTITUIÇÃO DO DEPUTADO FEDERAL QUE MUDA DE PARTIDO PELO SUPLENTE DA LEGENDA ANTERIOR. ATO DO PRESIDENTE DA CÂMARA QUE NEGOU POSSE AOS SUPLENTE. CONSULTA, AO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, QUE DECIDIU PELA MANUTENÇÃO DAS VAGAS OBTIDAS PELO SISTEMA PROPORCIONAL EM FAVOR DOS PARTIDOS POLÍTICOS E COLIGAÇÕES. ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MARCO TEMPORAL A PARTIR DO QUAL A FIDELIDADE PARTIDÁRIA DEVE SER OBSERVADA [27.3.07]. EXCEÇÕES DEFINIDAS E EXAMINADAS PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. DESFILIAÇÃO OCORRIDA ANTES DA RESPOSTA À CONSULTA AO TSE. ORDEM DENEGADA. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 04/10/2007. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28mandado+de+seguran%E7a+26602%29&base=baseAcordaos>. Acesso em 15/03/2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº. 26.603/DF. Rel: Min. Celso de Melo. MANDADO DE SEGURANÇA - QUESTÕES PRELIMINARES REJEITADAS - O MANDADO DE SEGURANÇA COMO PROCESSO DOCUMENTAL E A NOÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO - NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA - A COMPREENSÃO DO CONCEITO DE AUTORIDADE COATORA, PARA FINS MANDAMENTAIS - RESERVA ESTATUTÁRIA, DIREITO AO PROCESSO E EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO - INOPONIBILIDADE, AO PODER JUDICIÁRIO, DA RESERVA DE ESTATUTO, QUANDO INSTAURADO LITÍGIO CONSTITUCIONAL EM TORNO DE ATOS PARTIDÁRIOS "INTERNA CORPORIS" - COMPETÊNCIA NORMATIVA DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL - O INSTITUTO DA "CONSULTA" NO ÂMBITO DA JUSTIÇA ELEITORAL: NATUREZA E EFEITOS JURÍDICOS - POSSIBILIDADE DE O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, EM RESPOSTA À CONSULTA, NELA EXAMINAR TESE JURÍDICA EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - CONSULTA/TSE Nº 1.398/DF - FIDELIDADE PARTIDÁRIA - A ESSENCIALIDADE DOS PARTIDOS POLÍTICOS NO PROCESSO DE PODER - MANDATO ELETIVO - VÍNCULO PARTIDÁRIO E VÍNCULO POPULAR - INFIDELIDADE PARTIDÁRIA - CAUSA GERADORA DO DIREITO DE A AGREMIAÇÃO PARTIDÁRIA PREJUDICADA PRESERVAR A VAGA OBTIDA PELO SISTEMA PROPORCIONAL - HIPÓTESES EXCEPCIONAIS QUE LEGITIMAM O ATO DE DESLIGAMENTO PARTIDÁRIO - POSSIBILIDADE, EM TAIS SITUAÇÕES, DESDE QUE CONFIGURADA A SUA OCORRÊNCIA, DE O PARLAMENTAR, NO

ÂMBITO DE PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO INSTAURADO PERANTE A JUSTIÇA ELEITORAL, MANTER A INTEGRIDADE DO MANDATO LEGISLATIVO - NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA, NO PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO, DO PRINCÍPIO DO "DUE PROCESS OF LAW" (CF, ART. 5º, INCISOS LIV E LV) - APLICAÇÃO ANALÓGICA DOS ARTS. 3º A 7º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/90 AO REFERIDO PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO - ADMISSIBILIDADE DE EDIÇÃO, PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, DE RESOLUÇÃO QUE REGULAMENTE O PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO - MARCO INICIAL DA EFICÁCIA DO PRONUNCIAMENTO DESTA SUPREMA CORTE NA MATÉRIA: DATA EM QUE O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL APRECIOU A CONSULTA Nº 1.398/DF - OBEDIÊNCIA AO POSTULADO DA SEGURANÇA JURÍDICA - A SUBSISTÊNCIA DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E LEGISLATIVOS PRATICADOS PELOS PARLAMENTARES INFIÉIS: CONSEQÜÊNCIA DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA INVESTIDURA APARENTE - O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A RESPONSABILIDADE POLÍTICO-JURÍDICA QUE LHE INCUMBE NO PROCESSO DE VALORIZAÇÃO DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO - O MONOPÓLIO DA "ÚLTIMA PALAVRA", PELA SUPREMA CORTE, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL - MANDADO DE SEGURANÇA INDEFERIDO. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28mandado+de+seguran%E7a+26603%29&base=baseAcordaos>. Acesso em 02/05/2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº. 26.604/DF. Rel: Min. Carmem Lúcia. DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO PELO PARTIDO DOS DEMOCRATAS - DEM CONTRA ATO DO PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. NATUREZA JURÍDICA E EFEITOS DA DECISÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL - TSE NA CONSULTA N. 1.398/2007. NATUREZA E TITULARIDADE DO MANDATO LEGISLATIVO. OS PARTIDOS POLÍTICOS E OS ELEITOS NO SISTEMA REPRESENTATIVO PROPORCIONAL. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. EFEITOS DA DESFILIAÇÃO PARTIDÁRIA PELO ELEITO: PERDA DO DIREITO DE CONTINUAR A EXERCER O MANDATO ELETIVO. DISTINÇÃO ENTRE SANÇÃO POR ILÍCITO E SACRIFÍCIO DO DIREITO POR PRÁTICA LÍCITA E JURIDICAMENTE CONSEQÜENTE. IMPERTINÊNCIA DA INVOCAÇÃO DO ART. 55 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. DIREITO DO IMPETRANTE DE MANTER O NÚMERO DE CADEIRAS OBTIDAS NA CÂMARA DOS DEPUTADOS NAS ELEIÇÕES. DIREITO À AMPLA DEFESA DO PARLAMENTAR QUE SE DESFILIE DO PARTIDO POLÍTICO. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA MUDANÇA DE ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL: MARCO TEMPORAL FIXADO EM 27.3.2007. MANDADO DE SEGURANÇA CONHECIDO E PARCIALMENTE CONCEDIDO. Brasília, 04/10/2007. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28mandado+de+seguran%E7a+26604%29&base=baseAcordaos>. Acesso em 16/03/2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 27.938/DF. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 11/03/2010. CONSTITUCIONAL. ELEITORAL. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. TROCA DE PARTIDO. JUSTA CAUSA RECONHECIDA. POSTERIOR VACÂNCIA DO CARGO. MORTE DO PARLAMENTAR. SUCESSÃO. LEGITIMIDADE. O reconhecimento da justa causa para transferência de partido político afasta a perda do

mandato eletivo por infidelidade partidária. Contudo, ela não transfere ao novo partido o direito de sucessão à vaga. Segurança denegada. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28mandado+de+seguran%E7a+27938%29&base=baseAcordaos>. Acesso em 20/03/2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 30.260/DF. Rel. Min. Carmem Lúcia. Brasília, 27/04/2011. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. CONSTITUCIONAL. SUPLENTE DE DEPUTADO FEDERAL. ORDEM DE SUBSTITUIÇÃO FIXADA SEGUNDO A ORDEM DA COLIGAÇÃO. REJEIÇÃO DAS PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA E DE PERDA DO OBJETO DA AÇÃO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SEGURANÇA DENEGADA. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28mandado+de+seguran%E7a+27938%29&base=baseAcordaos>. Acesso em 20/03/2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 597.285/RS Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 17/09/2009. CONSTITUCIONAL. ENSINO SUPERIOR. SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS (“COTAS”). AÇÕES AFIRMATIVAS. RELEVÂNCIA JURÍDICA E SOCIAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28597285%29&base=baseRepercussao>. Acesso em 21/03/2012.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº. 22.526, de 27 de março de 2007. Consulta. Eleições proporcionais. Candidato eleito. Cancelamento de filiação. Transferência de partido. Vaga. Agremiação. Resposta afirmativa. Disponível em <www.tse.jus.br>. Acessado em 11/03/2012.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta nº. 1.398. CONSULTA. ELEIÇÕES PROPORCIONAIS. CANDIDATO ELEITO. CANCELAMENTO DE FILIAÇÃO. TRANSFERÊNCIA DE PARTIDO. VAGA. AGREMIAÇÃO. RESPOSTA AFIRMATIVA. Relator: Min. César Asfor Rocha. Brasília, 27 de março de 2007. Disponível em <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor>. Acesso em 11/03/2012.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução 22.610. Disciplina o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária. Disponível em <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor>. Acesso em 14/03/2012.

CADEMARTORI, Luiza Valente. Os casos difíceis e a discricionariedade judicial. Novos estudos jurídicos, v. 10, nº 1, jan./jun. de 2005. p. 215-228

CAMPOS, Alexandre de Azevedo. Moreira Alves V. Gilmar Mendes: A evolução das dimensões metodológica e processual do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal. In

FELLET, André Luiz Fernandes et. al. (org). As novas faces do Ativismo Judicial. Salvador: Editora JusPodivm, 2011

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Tradução de Carlos Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1999. p 24

_____. Repudiando Montesquieu? : a expansão e a legitimidade da "justiça constitucional". In: Revista do Tribunal Regional Federal : 4. Região, v. 12, n. 40, 2001

COCA, Flávio Maltez. A corte Warren e a dessegregação racial nos Estados Unidos da América. Direito Público, v. 8, nº 37, p. 24-34, jan./fev. de 2011.

COELHO, Mártires Inocêncio. Ativismo Judicial ou criação judicial do direito? In FELLET, André Luiz Fernandes et. al. (org). As novas faces do Ativismo Judicial. Salvador: Editora JusPodivm, 2011

DAVID, Rene. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. Tradução de Herminio A. Carvalho. Lisboa: Meridiano.

DIMOULIS, Dimitri e **LUNARDI**, Soraya Gasparetto. Ativismo e Autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In FELLET, André Luiz Fernandes et. al. (org). As novas faces do Ativismo Judicial. Salvador: Editora JusPodivm, 2011

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Constituição e Governabilidade: ensaio sobre a (in)governabilidade brasileira. São Paulo: Saraiva, 1995.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Neoconstitucionalismo e as possibilidades e os limites do ativismo judicial no Brasil contemporâneo. 2010, 313f. Dissertação (mestrado). Programa de Pós-Graduação: Mestrado Acadêmico em Direito Público. Universidade Federal de Uberlândia. Uberlândia, 2010

HAMILTON, MADISON E JAY. O Federalista. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HART L.A. Herbert. O conceito de Direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HOBBS, Thomas de. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Abril Cultural, 1983. 3ª Ed.

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/politicas_sociais/bps_19_cap08.pdf>. Acesso em 19 de setembro de 2011.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KOZICKI, Kátia. Conflito e estabilização: comprometendo radicalmente a aplicação do direito com a democracia nas sociedades contemporâneas, 2000. In: *Revista da Faculdade Mineira de Direito* – v. 1, nº. 1 (jan./jun. 1998) – Belo Horizonte: PUC Minas, 2005.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil e outros escritos: ensaios sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. Petrópolis: Editora Vozes, 2001.

MEDEIROS, Bernardo Abreu de. Ativismo, delegação ou estratégia? A relação inter poderes e a judicialização no Brasil. In FELLETT, André Luiz Fernandes et. al. (org). *As novas faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Editora JusPodivm, 2011

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de La Brède et de. *O Espírito das Leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: UNB, 1995.

PAIVA, Paulo. Juristocracia? In FELLETT, André Luiz Fernandes et. al. (org). *As novas faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Editora JusPodivm, 2011

PAULA, Daniel Giotti de. Ainda existe separação de poderes? A invasão política pelo Direito no contexto do Ativismo Judicial e judicialização da política. In FELLETT, André Luiz Fernandes et. al. (org). *As novas faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Editora JusPodivm, 2011

POSNER, Richard A. *Problemas da filosofia do Direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica e da tradução Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

REVERBEL, Carlos Eduardo Didier. *Ativismo Judicial e Estado de Direito*. Disponível em <http://www.ufsm.br/revistadireito/eds/v4n1/a5.pdf>. Acesso em 26/04/2012.

REVISTA da Faculdade Mineira de Direito. – v.1, n.1 (jan. – jun. 1998). – Belo Horizonte: PUC Minas, 2005.

ROUSSEAU, Jean Jacques. O Contrato Social. São Paulo: Martins Fontes, 1989, 4. Ed.

SANTOS, Leticia Pimenta Madeira. A regulamentação da fidelidade partidária à luz do ativismo judiciário. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1748, 14 abr. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11156>>. Acesso em: 18 set. 2011.

SIQUEIRA JÚNIOR, Luiz Márcio. Ação afirmativa e inclusão social de afro-brasileiros. A inconstitucionalidade do Estatuto da Igualdade Racial. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2745, 6 jan. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18192>>. Acesso em: 17 set. 2011.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial à brasileira. In Revista Direito GV. V. 4, n. 2, jul./dez. 2008, p. 410-414

VIDIGAL, Erick. Protagonismo político dos juízes: Risco ou oportunidade? Prefácio à magistratura da pós modernidade. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In Revista de Direito GV. V.4, n. 2 jul./dez. 2008. P. 444